

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação DIREITO E LEGITIMIDADE

elaborada por MANOEL VELOCINO PEREIRA DUTRA

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DE DIREITO.

Florianópolis, 31 de março de 1990

BANCA EXAMINADORA:

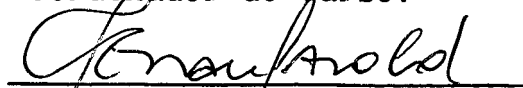
Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin



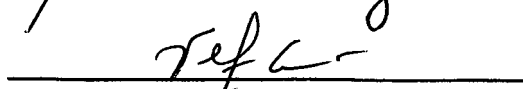
Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Melo

Prof. Dr. Cesar Luis Pasold

Coordenador do Curso:



Prof. Dr. Cesar Luis Pasold



Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

DIREITO E LEGITIMIDADE

MANOEL VELOCINO PEREIRA DUTRA

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO  
DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO

ORIENTADOR: PROF. DR. VOLNEI IVO CARLIN

FLORIANOPOLIS

1990



AGRADEÇO ao Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin, sem cuja inestimável colaboração teria sido impossível elaborar o presente trabalho

DEDICO este trabalho aos meus famili-  
ares, pelo estímulo deles recebido pa-  
ra que o conduzisse a termo

## RESUMO

Neste trabalho, propusemo-nos desenvolver o tema 'Direito e Legitimidade', para o encontro de fundamentos axiologicos que todo Sistema Juridico deva preservar, para justificar-se.

A seleção de material bibliográfico ministrado pela Axiologia Juridica orientou a pesquisa empreendida para o cumprimento daquele objetivo geral.

A Dissertação se compõe de três capítulos: estuda-se, no primeiro, o Direito e o Estado, sob o angulo da importância que revestem as ideologias para a conformação daqueles significantes. O segundo capítulo planta o conceito conteudista de Legitimidade, a partir do exame dos valores juridicos e da coação. O ultimo capitulo mostra a interpretação e a aplicação do Direito como pressupostos indispensáveis para a conquista da Legitimidade.

As principais conclusões veiculadas são:

1^) Direito é agência de controle social que se destina à ordenação da vida coletiva mediante a realização de valores.

2ã) Todos os valores são jurídicos porque só o concurso do Direito viabiliza sua realização no seio de uma comunidade.

3^) Legitimidade é a tentativa de compatibilização dos valores jurídicos que grassam na vida cole

tiva em coexistência desarmonica.

4@) Direito Positivo é sistema jurídico, conceito não restrito ao texto codificado, mas compressivo, também, da manifestação consuetudinária e da criação pretoriana.

52) A interpretação e a aplicação do Direito são os momentos da conquista da Legitimidade, já que esta não é atributo da lei, mas do Direito que concretiza os valores para torná-los atuantes.

## ABSTRACT

When we wrote this paper it was our main purpose to develop a theme related to 'Law and Legitimacy' to discover the axiologic foundations that every Sistem of Laws must preserve to justify itself.

Our bibliographic selection administered by Jurisdict Axiologic which all guided our research in order to attain the objectives we determined to pursue.

Our dissertation was made up of three chapters: at first we proposed to study the Law aind the State based upon the importance that ideology shrouds to conform those significantants. The second chapter intended to set the ground for the contentist context of Legitimacy starting from a point where we examined the jurisdict values of "coercion". The last chapter is meant to show the interpretation as well as the application of Laws as as indispensable factor to attain Legitimacy.

The main conclusions were;

1®) That Law is a social controlling agent destined to organize collective life through the creation of values.

2^) Every one of these values are Lawful since only through the inclusion of Law can it be made true in the community.

3®) Legitimacy is as attempt to make



these jurisdic<sup>t</sup> values that exist in collective life compact in a disharmonie coexistence.

4^<sup>o</sup>) Positive Law is a jurisdic<sup>t</sup> system. This, therefore, is not a context restricted to a codified text, but comprehensive of consuetudinary manifestation as well as of pretorian creation.

5^<sup>o</sup>) The interpretation and application of Laws are only moments when Legitimacy takes place, since this is not a legal attribution but the Law's since it is the Law that is in charge of making it act

## SUMARIO

INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO I - DIREITO, ESTADO, IDEOLOGIA .....	5
1. O Direito .....	5
2. O Estado .....	9
3. As Ideologias .....	14
4. Direito, Estado, Ideologias .....	18
5. A Legitimidade .....	28
6. síntese do Capítulo .....	33
Notas bibliográficas .....	35
CAPÍTULO II - O CONCEITO CONTEUDISTA DE LEGITIMIDADE..	40
1. Os Valores Jurídicos .....	40
2. A Coação .....	52
3. A Legitimidade .....	62
4. síntese do Capítulo .....	76
Notas bibliográficas .....	78
CAPÍTULO III - A CONQUISTA DA LEGITIMIDADE .....	84
1. Vigência e Positividade do Direito .....	84
2. Interpretação e Aplicação do Direito .....	95
3. O Papel do Juiz .....	111
4. síntese do Capítulo ..	117
Notas bibliográficas .....	119
Conclusão .....	123
Referências Bibliográficas .....	126

A aprovação do presente trabalho acadêmico  
não significará o endosso do Professor Orientador,  
da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia  
que o fundamenta ou que nele é exposta.

## INTRODUÇÃO

Enquanto, na Teoria Marxista, o Direito está classificado como instituição integrante do aparelho repressivo do Estado, ao lado do governo, da administração, do exército, da polícia e das prisões, entendemos nós que o Direito é, ao contrário, instância ideológica por excelência a serviço do Estado, ao propósito de presidir a vida coletiva.

O Estado não necessita do monopólio da força mais do que do monopólio do Direito para que possa ordenar o controle social. Embora a força que ele detém revista maior eficácia do que a que possa ser exercitada por quaisquer outras manifestações de poder, as sanções não desempenham senão um papel secundário.

Sobretudo, não há sanção aplicável fora aquela que deflue do Direito. Seria impossível pensar a idéia de um monopólio dos instrumentos de coerção que não se pretenda legítimo.

O Direito é o instrumental pleno de conteúdo ideológico que permite ao Estado repousar sob o menor emprego da força, por fazê-lo dotado do poder jurídico necessário e indispensável à regulação das interações e desinterações sociais.

É no plano da realização dos valores que o Direito assume o papel de agência de controle social.

E embora nenhum Direito tenha existido perfeito desde a perspectiva da realização dos valores, não há Direito que possa afastar-se do propósito de realizá-los, sob pena de renunciar, ao assim proceder, à missão ordenadora da vida coletiva.

A uma primeira abordagem, busca-se plantar a idéia de que a legitimidade não pode ser entendida senão como a possibilidade, que esteja presente no Direito, de fazer estadear os valores existentes numa dada comunidade, em dado momento histórico. E não apenas os valores que guardem correspondência normativa porque é Direito não só o texto codificado, mas, também, a manifestação consuetudinária e a criação pretoriana.

Fixada a premissa, avança-se até a apreensão de um conceito conteudista de legitimidade, mostrada, então, como a tentativa de compactibilização de valores que grassam em coexistência desarmonica.

Como possa realizá-los, legitimamente, é o tema de que se ocupa a Dissertação.

Demonstra-se que a legitimidade, quer em plano conteudista ou não, dispensa a coação como nota característica da regra de Direito.

Valores desarmonicos são sustentados ao peso das reivindicações conflitantes de diferentes ideologias que sempre encontram canais de expressão num Estado legítimo.

À base da realização de valores que se apre -

sentam assim antitéticos esta o proceder-lhes a harmonização e esta não é alcançada com simplesmente fazê-los coativamente impostos. Por isto, o Direito não tem por fundamento de validade a coação.

Ha necessidade de recorrer ao pólo axiológico , que subministra critério ideológico-valorativo para orientação das ações.

Demonstra-se que a legitimidade é conquistada nos momentos da interpretação e da aplicação do Direito, já que neles, e não antes, presente a estimativa das circunstâncias que cercam os valores quando na ordem de seu exercício.

Como ao Direito cabe a intermediação dos conflitos, a seu intérprete e aplicador está conferido o papel de agente moderador da ideologia dominante. Segundo a concepção decisionista que defendemos, também a eles está cometido não apenas dizer o Direito, mas criá-lo tanto o exija a pressão das forças sociais.

Nunca uma injustiça pode ser concretizada pela chancela do Estado, sob forma e aparência de Direito, porquanto a existência de um preceito injusto não pode constituir aporia insolucionável: a autoridade do Direito vem preservada precisamente por sua não aplicação, de modo que soluções pretorianas mais sábias do que a norma legislada se imponham para o aperfeiçoamento da ordem jurídica rumo à conquista da legitimidade.

Os aportes teóricos que constituem material de pesquisa para o desenvolvimento da Dissertação são as re-

ferencias bibliograficas apresentadas a final.

A pesquisa empreendida orienta-se, metodologicamente, por parâmetros ministrados pela zetética empírica pura.

Em observância aos objetivos propostos, estuda-se o Estado, o Direito e as Ideologias para chegar-se à apreensão do conceito não conteudista de legitimidade.

Seu conceito conteudista parte do estudo dos valores jurídicos e da coação.

Sua conquista pressupõe mais extenso o conceito de Direito Positivo que o de Direito Vigente, o que permite a investigação do complexo axiológico subjacente a qualquer preceito jurídico.

## CAPITULO I

### DIREITO, ESTADO, IDEOLOGIA

#### 1. O Direito

O Direito, tomado como agencia de controle social, traz incutida, no próprio enunciado, uma noção da dignidade desta Ciência, colocada em destaque frente a outros ramos do saber.

Em sua realidade fenomenológica, acompanha a Humanidade desde um passado imemorial, seja sob a forma de texto codificado, manifestação consuetudinária ou criação pretoriana.

Autores como Georg Jellinek, Rudolf Stammler , Paulo Bonavides o têm como realidade anterior ao Estado. Para o primeiro, caso se entenda por Estado a comunidade política dos povos modernos , a assertiva se torna indubitável. O segundo reputa que o conceito de Direito condiciona logicamente a noção de Estado, já que lhe constitui o



o que chama de um prius: "é impossível definir o conceito de Estado sem aludir como fator determinante a noção formal do jurídico."<sup>(2)</sup> Bonavides, da mesma forma, apresenta o Estado necessariamente como um a posteriori da convivência humana.<sup>(3)</sup> Assim é, também, para o realismo escandinavo, já que apresentado o Estado como realidade que pressupõe o Direito e não pode existir sem ele.

Dentre aqueles que não o reputaram fundamental à regulação das interações humanas e, mesmo, chegaram a preconizar sua eliminação do corpo social, o Direito revelou-se, enfim, não suprimível, reconhecida a impraticabilidade da idéia de constituição de uma sociedade que dele pudesse absolutamente prescindir. <sup>(5)</sup>

A afirmação, em Rudolf Stammler, de que nem todo o Direito é justo, mas todo Direito deve, ao menos, realizar uma tentativa de Justiça coloca, à apreciação da Filosofia Jurídica, tema de importância ímpar e nuclear: a identificação de como se relacionam a experiência concreta e os ideais que se revelam através da História, "enlaçando os homens e os grupos". <sup>[6]</sup>

"Frente ao Direito que é produto de uma evolução histórica, e como tal deficiente e mutável, se tem querido erigir um Código perfeito, aplicável a todos os tempos e a todos os povos. Isto é pretender o impossível. Por ideal que seja o Direito, sempre haverá de ter por conteúdo, necessariamente, a regulação das aspirações humanas, baseadas por força sobre necessidades concretas da vida e sobre o modo de satisfazê-las. A matéria das aspirações que o Direito regula é, pois, e será sempre, inevitavelmente condicionada e finita e sujeita à variação incessante... Não pode, portanto, dar-se uma só norma jurídica cujo conteúdo concreto seja a encarnação da justiça suma" <sup>(7)</sup>

Direito, Ciência referida a valores, é aquela, dentre todas as ciências, que não se pode afastar do propósito de realiza-los, ainda sob o reconhecimento de que nenhum Direito tenha existido perfeito quando apreciado desde a perspectiva de sua realização. Direito, assim mesmo, é "uma integração normativa de fatos segundo valores", na conceituação de Miguel Reale.

A objeção de Luis Recasens Siches a incluir, no conceito de Direito, a teoria dos valores

"Entre outras razões, para não incluir no conceito universal do Direito a teoria dos valores jurídicos, há esta: a de que, se não fizéssemos assim, chegaríamos à conclusão de que na história inteira do mundo não houve nem há Direito, posto que nenhuma das ordens jurídicas que existiram e que existem resultou perfeita desde o ponto de vista da teoria dos valores." (9)

não encontra respaldo na moderna concepção das ciências , que reputa suas conclusões dotadas de uma mera probabilidade e nada mais.^^\*^^

Não há Direito perfeito,

"que não cabe tal, evidentemente, na limitada realidade da vida humana; todo Direito é e tem que ser imperfeito enquanto as normas concretas de que se compõe".(11)

"Efetivamente, a moderna epistemologia esclareceu como é intrinsecamente não-absoluto (isto é, não-incontrovertível) e não autofundamentante o conhecimento científico... Em conclusão, não possuindo um valor absoluto e não tendo todas as razões da própria fundamentação, a proposição científica é, por essência, "refutável" e o co-

nhecimento científico apresenta-se como um saber estritamente rigoroso (dado que a aceitação de suas proposições se faz na base de critérios dedutivos, indutivos e metodológicos, que são meticolosos e explícitos), mas não indiscutivelmente certo." (12)

É na vida humana e na organização social que os valores se realizam, (13) assumem seu momento de concreticidade. ^ Portanto, no âmbito do Estado, de cuja tutela o indivíduo jamais pode libertar-se

Onde pode respaldar-se Capograssi para o reconhecimento das demais Ciências, mas só o Direito como mestra da vida?:

"é a melhor cognoscente porque é a mais experimentada e experimentável: a totalidade está no fato de ter como banco de prova a história do mundo". (15)

Gustav Radbruch sustenta que

"Ainda o mais poderoso de todos os homens não será suficientemente poderoso se não souber converter o seu poder em direito e a obediência em dever." (16)

Robert Maciver enfatiza o Direito, não o Poder porque

"Por si só, o poder não tem legitimidade, não tem mandato, não tem cargo. Nem o mais desapiadado dos tiranos chegará a parte alguma se não se revestir de autoridade." (17)

Só o Direito confere legitimidade ao exercício do poder, de modo que entendemos por Direito a agência de controle social direcionada para a realização dos valores.

a fim de que possa o Estado presidir a organização da vida coletiva, com o instrumental ideológico representado pelo texto codificado, pela manifestação consuetudinária e pela criação pretoriana.

Daí a importância do Estado, ao lado do Direito, a determinar as observações que vêm a seguir.

## 2. O Estado

A relação que estabelecemos entre os significantes Estado e Direito é por demais estreita. Atribuimos ao primeiro a detenção de um poder que deve, indispensavelmente, ser entendido como jurídico.

O monopólio da força, tido por alguns como elemento característico, apontado por outros como, até, individualizador do Estado, frente a outras manifestações do poder, embora atributo que lhe possa ser dito inerente, há de revestir, sempre, a feição (= forma e conteúdo) de Direito, pela simples razão de que não se poderá cogitar da idéia de um monopólio que não se pretenda legítimo.

"Tão intimamente está o Direito ligado ao Estado que se pode dizer que lhe é intrínseco e consubstancial, tanto que alguns pensadores consideram o Estado como sistema de normas jurídicas. Por isso, é lícito afirmar que o Direito, nos Estados modernos, é, por excelência, o instrumento para realizar o bem comum." (18)

Mostra-o Hans Kelsen:

"É quase de per si evidente que o chamado poder do Estado, que é exercido por um governo sobre uma população residente dentro do território do Estado, não é simplesmente qualquer poder que qualquer indivíduo efetivamente tem sobre outro indivíduo e que consiste no fato de o primeiro ser capaz de conduzir o segundo a observar uma conduta por aquele desejada. Ha muitas relações de poder fáticas deste tipo sem que aquele que tem um tal poder sobre outrem seja considerado como Estado ou órgão do Estado. O que faz com que a relação designada como poder do Estado se distinga de outras relações de poder é a circunstância de ela ser juridicamente regulada, o que significa que os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da criação e aplicação de normas jurídicas - que o poder do Estado tem caráter normativo." (19)

O poder é, para Maurice Hauriou,

"uma livre energia que, graças a sua superioridade, assume a empresa de governo de um grupo humano pela criação contínua da ordem e do Direito." É uma liberdade, uma energia e uma superioridade: "Que o poder seja uma liberdade aparece claramente na soberania do Estado, que é uma autonomia ao mesmo tempo que um poder. Que é uma energia parece evidente, mas esta energia não é o que se chama força, ao menos quando se trata do poder de direito... Que o poder seja uma superioridade é precisamente o que impede que seja uma força pura. A superioridade é uma noção qualitativa, re-

présenta certa qualidade da vontade e da inteligência; a força é uma noção quantitativa, representa certa quantidade de poder de vontade ou de vontade de poder, servida por certa quantidade de soldados, canhões e de metralhadoras." (20)

O poder, mesmo quando utiliza a violência, tende a fazê-lo para impedir violência maior. A centralização, a monopolização e a organização dos meios de violência voltam-se para torná-la legal, jurídica, "uma violência de mãos limpas", como assevera Maurice Duverger, em substituição à <sup>V</sup>violência <sup>^</sup>física <sup>»</sup>elementar. (21)

Se, portanto, embora possa, o Estado não deve fundar-se na violência, segue-se que a organização da vida coletiva se dá no âmbito do Direito.

Não discrepa deste entendimento Walter Buckley, quando formula crítica endereçada aos cientistas políticos que encaram o monopólio, por parte do Estado, dos instrumentos de coerção como fundamento da sociedade civil, porquanto, é certo,

"... grupo nenhum pode basear-se numa coerção desta natureza (o autor se refere à força bruta) como princípio mais fundamental do que a sua cultura comum". (22)

É lição de Stammler:

"Não se sabe claramente o que se diz quando se afirma como postulado político que o progresso está em converter o poder em Direito. Todo poder dentro da sociedade entra numa organização jurídica, quer dizer, uma organização social ajustada em toda sua integridade ao conceito de Direito.

Em realidade, esta aspiração não é a de sair de um estado de coisas carente de todo 'Direito', senão a de modificar de um certo modo as normas de uma ordem jurídica existente. A consequência prática disto é que não basta invocar singelamente o conceito de Direito para justificar aquele desejo, como se este conceito houvesse de realizar-se por uma vez primeira, senão que há que remontar-se à idéia de Direito para demonstrar com ajuda dela a verdadeira legitimidade do passo a que se aspira." (23)

Gustav Gozzi mostra o Estado Contemporâneo sistematizado como:

1) Estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juizes independentes.

2) Estrutura material do sistema jurídico: liberdade de concorrência no mercado, reconhecida no comércio aos sujeitos da propriedade.

3) Estrutura social do sistema jurídico: a questão social e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora.

4) Estrutura política do sistema jurídico: separação e distribuição do poder. (24)

Os 1) e 4) itens vêm ressaltados por Amílcar de Castro, quando afirma que

"O Estado moderno, também chamado de Estado de Direito, caracteriza-se pela separação dos poderes e a garantia de direitos fundamentais; consiste sempre numa ordem jurídica mantida por autoridades jurisdicionais." (25)

Por Estado, reputamos o agente detentor do poder jurídico necessário e indispensável ao propósito de presidir a organização da vida coletiva, sob o primado da legitimidade .

Um (o Direito) ordena a vida coletiva, outro ( o Estado) preside esta ordenação. O agente apresenta-se como atividade normativa. O instrumental ideológico de que se utiliza se apresenta como atividade normada. (26)

Dissemos 'agente' e não 'sujeito' ou 'coisa'. O Estado que organiza a vida coletiva sob o primado da legitimidade não é nem pode ser 'coisa' (Estado-coisa), segundo a concepção que lhe atribui a condição de instrumento passivo, totalmente manipulado por uma classe ou fração, sem qualquer autonomia. Tsimbém não é 'sujeito' (Estado-sujeito), consoante tese oposta, por vislumbrá-lo

"dotado de uma vontade racionalizante, de poder próprio e de uma autonomia absoluta em relação as classes sociais, sempre exterior a elas, que imporia "sua" política, a da burocracia ou das elites políticas, aos interesses divergentes e concorrentes da sociedade". (27)

O agente, tal como o reputamos, é detentor de autonomia relativa no tocante aos desígnios desta ou daquela ideologia, para assim presidir, no interesse geral, a realização dos valores jurídicos.

Precisamente esta autonomia relativa no tocante a uma e, ao mesmo tempo, a todas as ideologias permite ao Estado alcançar a condição que lhe confere legitimidade e lhe atribui, decorrentemente, não a situação de coisa, em



que não teria ideologia nem de sujeito, em que seria mentor de uma única ideologia, mas de agente que tem por missão presidir a organização da vida coletiva, feitor, portanto, de ideologia, mas não avesso a ideologias. Este é o Estado que, a uma visão prescritiva, satisfaz condição para o alcance da Legitimidade.

### 3. As Ideologias

Nem todo Direito é justo. Direito continua a ser aquele que o seja injusto:

"O que no mundo encontraremos é só Direito mais ou menos justo, mas nunca Direito totalmente justo." (28)

Quem, como Luis Recaséns Siches, se manifesta assim há de contentar-se com reconhecer que mesmo a não realização da Justiça desimporta quando se considera que a todo Direito resta imanente a tentativa de realizá-la.

Com Maurice Hauriou, podemos dizer que

"A Justiça, fim último de nossa atividade, é no fundo sempre a mesma e se realiza pouco a pouco, mas uma só gota de Justiça tem um valor infinito." (29)

Todas as manifestações da Cultura, mesmo ainda quando contrariem ou não atinjam a realização dos valores, só podem ser pensadas com referência ao sentido de sua realização. A existência de problemas que exigem uma solução "de tipo absolutamente certo" não infirma a constatação de que a ciência não pode oferecer soluções desta natureza.

Mas também não infirma o reconhecimento de que a pesquisa científica, se não dá ao homem nenhuma certeza absoluta, também não lhe retira o anseio por conquista-la. (30)

Há, atualmente, o consenso em torno de que toda interpretação da realidade social só pode ser empreendida

da dentro do contexto de uma necessária experiência axiológica. (31)

Assim, também, o direito, que não se ocupa, apenas, do valor Justiça.

Não só a Ela, mas a outros valores e fins serve o Direito.

Se muitos os fins e os valores, não é a Justiça critério único e suficiente para apartar o erro de uma possível verdade. Assim o sentiu Carl J. Friedrich:

"Um acha injusto que lhe tomem a propriedade, outro pensa ser injusto que seus filhos morram de fome; um argumenta que é injusto colocarem seu filho branco ao lado de um negro na escola. Essas e milhares de outras situações semelhantes mostram que a Justiça e a injustiça não podem ser relacionadas a qualquer valor único, seja igualdade ou outro, mas apenas a um complexo sistema de valores do homem, da comunidade ou da humanidade." (32)

A injustiça, conquanto um desvalor, presta-se valiosamente ao menos para destacar o seu anverso, assim

como o erro, que não é o contrário da verdade, mas o esquivamento de uma verdade contrária, (33) mais não faz do que estar à base da evolução e do progresso científicos.

Que outro critério haverá se não o estabelecer um posicionamento que dê orientação às nossas ações?

Maurice Hauriou propõe que o predomínio não resulta dos fins em si porque o valor supremo constitui a própria Justiça. Necessário, então, levar em conta a noção de urgência dos fins a realizar. ^

"Qual das varias atitudes políticas perfiladas no momento em que se agitam no cenário histórico certas questões que geram ações ou reações sociais representa o projeto de solução mais congruente e acorde à natureza intrínseca de ditas questões é algo que um investigador imerso na situação nunca poderia estabelecer com exatidão. (35)

Quando somos compelidos, por uma ideologia que professamos, a determinar, subjetivamente, o nosso comportamento ou postura perante o Direito, aí está a prevalência que damos seja ao dever, ao amor, à paz e à humildade, seja ao Direito, à honra, à luta e ao orgulho, conforme vem exposto por Gustav Radbruch, em lição de inexcelsa lirismo e beleza: uma a voz da consciência, que fez calar em Sócrates o próprio sentimento jurídico; outra a voz que anima o homem jurídico à luta pelo Direito (Jhering) como "mandamento sagrado da nossa própria conservação moral". (36)

As consequências possíveis das nossas ações fluirão do critério ideológico-valorativo que adotarmos

Ideologia é termo multívoco. Dentre as inúmeras significações que pode abarcar, tomamo-la como o "encontro de construções do espírito a legitimar uma certa ordem da vida coletiva". Filiamo-nos, destarte, a entendimento esposado por Maurice Duverger. (38)

As ideologias tanto podem unificar a comunidade

de como dividi-la. O primeiro caso acontece quando logram que seus membros aceitem o poder, o que lhes determina o sentimento de obediência. Dividem-na na medida em que coexistem, multifárias, fazendo constituírem-se, no interior desta mesma comunidade, diferentes e conflitantes grupos ideológicos políticos. (39)

Ha, ainda, a técnica da simulação, de que se servem todos os regimes e que consiste em mascarar um objetivo menos confessável atrás de outro que desfrute maior aceitabilidade social. (40)

"O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal e, por ser legal e não violenta, deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados. A função da ideologia consiste em impedir esta revolta fazendo com que o legal apareça como justo e bom. Assim, a ideologia substitui a realidade do Estado pela idéia do Estado - ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela idéia de interesse geral encarnado pelo Estado. E substitui a realidade do Direito pela idéia do Direito - ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou idéia dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos." (41)

Vistos os três significantes - Direito, Estado, Ideologia -, cada um a sua vez, vejamo-los em conjun -

to, relacionados sob tres diferentes enfoques.

#### 4. Direito, Estado. Ideologias

Em Spinoza, decorrencia da falibilidade humana, o estado natural não e contrario às lutas, à cólera, ao do-  
lo, a qualquer coisa que a vontade aconselha. (42) O Direi-  
to Natural desaparece necessariamente no estado civil. (43)

Assim que:

"Cada cidadão depende não de si mesmo, mas da cidade, às injunções da qual é obri-  
gado a obedecer e que ninguém tem o direi-  
to de decidir o que é justo, o que é injus-  
to, o que e moral ou imoral, mas, ao con-  
trario, visto que o corpo do Estado deve ser  
conduzido de certo modo por um pensamento  
unico e que consequentemente a vontade da  
cidade deve ser tida como a vontade de to-  
dos, e o que a cidade decreta ser justo e  
bom o que cada um deve aceitar como tal.  
Portanto, mesmo se o súdito julga iníquos  
os decretos da cidade, é contudo, obrigado  
a submeter-se-lhes." (44)

Como se observa, vem acolhida a concepção do Estado-sujeito, até o ponto em que se pode sustentar a inf-  
xistência de direitos, a ele anteriores, inerentes à cond\_i-  
ção humana.

A uma tal ideologia corresponde a doutrina dos que propugnam a primazia do Direito Natural. Um Direito que só pode ser concebido à base de leis naturais, já que todas as coisas que existem são simples modalidades de uma

unidade suprema regida por tais leis. (45)

Liberdades públicas são os direitos garantidos pelo Estado. É de se ver, porém, que uma tal afirmativa não tem o condão de neutralizar o direito natural, para lizá-lo, como que investindo o Estado na condição de sujeito. Dizer que liberdades públicas

"são direitos do homem que, recebendo a consagração do Estado, passaram do direito natural para o direito positivo" (47)

é estar conforme com o pensamento de Spinoza. Mas isso não importa negar o direito natural, ao contrário, conduz, exatamente, a reputá-lo fonte para a positivação do Direito, tornando a ciência sensível à constatação do processo, vivido pela experiência jurídica, pelo qual fatos extrapositivos (ideais de Justiça, sentimento de equidade, princípios de Direito Natural) são incorporados como positivos ou, ao menos, tidos como positiváveis.

Spinoza ignora que o Estado, principal responsável pela elaboração das leis, se vê jungido também a cumprilas. Só por isto já não pode ser sujeito.

Demais disto, amiúde, incidem forças sociais que, assentadas em convicções e julgamentos morais fundamentalmente enraizados, se antepõem como obstáculo ao livre exercício da autoridade coercitiva. Tais julgamentos e convicções, enquanto limitativos do poder, representam, em uma dada contingência histórica, elementos que integram a positividade do Direito, também fazendo-o atuar como força restritiva da ação estatal.

Mais sobreleva destacar: o poder de criar Di -

reito não é tarefa atribuída unicamente e, de modo ilimitado ao sujeito pensante.

"O povo presume certas valorações como tão fundamentais que o legislador não se acha autorizado a fixar normas que vão contra elas. Aqui, portanto, é fixado um limite ao dever de obediência à lei em nome de valorações fundamentais dominantes no seio da população. Mas isto há de também refletir-se sobre a aplicação judicial do Direito", (51) como se verá no capítulo terceiro .

A desconsideração destes fatores importou instituir concepção negadora de qualquer ideologia que não a do sujeito pensante, quando tal não passa de pura imaginação dos filósofos. (52)

De consequência, não podem vicejar direitos inerentes à pessoa humana senão aqueles como tal reconhecidos no seio do Estado, segundo seja tolerado pela única ideologia que nele encontra canais de expressão.

Em sistemas como este, a ideologia oficial se pretende abrangedora de todos os aspectos da vida social. (53)

O Direito deixa de ser produto das relações sociais para só ser fruto da vontade divino-panteísta de um legislador eminente. (54)

O Estado-sujeito nos parece apto a só alcançar objetivos que animam a ação de movimentos totalitários de direita.

Qual a escala axiológica a que deve conformar-se o Direito instituído por um tal Estado? Responde-o Roy Macridis:

"O domínio de poucos sobre muitos se su-  
põe permanente: a elite continuará a gover-  
nar. A propriedade é respeitada, mesmo sob  
o controle do Estado, assim como os lucros.  
O papel do Estado como uma agência coerciti-  
va é reforçado. As desigualdades baseadas  
em um número de fatores que inclui raça são  
consideradas normais e são legítimas. Final-  
mente, o nacionalismo é consolidado, graças  
a exaltação da superioridade de uma nação  
sobre as outras." (55)

O Estado que se pretende sujeito absolutamente  
autônomo em relação a todas as ideologias impedidas de atu-  
ar, ou seja, de compartilhar qualquer influência nas decisões  
do poder assume, portanto, feição (= forma e conteúdo) ile-  
gítima. Assim como o Estado que lhe corresponde, o Direito  
torna-se também ilegítimo porque não instrumentalizado para  
a realização de valores jurídicos, mas tão somente para a  
realização daqueles ditos legítimos ao alvitre do sujeito  
que se encarrega de pensar pela sociedade.

"O partido único, animado pela ideologia  
contrapõe-se e se sobrepõe à organização do  
Estado, derrubando sua autoridade e o com-  
portamento regular e previsível; politiciza  
também os mais diferentes grupos e as mais  
diversas atividades sociais, minando-lhes a  
lealdade e os critérios de comportamento pa-  
ra os subordinar aos princípios e aos impe-  
rativos ideológicos. O ditador totalitário  
exerce um poder absoluto sobre a organiza-  
ção do regime, fazendo flutuar as hierar-  
quias a seu bel-prazer, e sobre a ideologia  
de cuja interpretação e aplicação ele é do-  
no exclusivo, garantindo e intensificando  
ao máximo a imprevisibilidade e o movimento  
da ação totalitária, através de sua vontade  
arbitrária..." (56)



já a doutrina marxista toma rumo oposto, embora para chegar ao mesmo resultado. Sua contribuição para o enriquecimento da problemática vem representada pela coisificação do Estado, pela superação do capitalismo, resultância do próprio efluir da evolução histórica rumo a repartição dos bens a cada um segundo suas necessidades, com o banimento de quaisquer resquícios de luta de classes e a conquista da igualdade, situação que enseja a inutilidade do Estado e, pois, marca o momento de seu perecimento.

O acolhimento desta concepção talvez explique o fato de que, em suas cogitações era torno do poder, Marx não deu ênfase ao como exercê-lo, mas, sim, ao como adquiri-lo e de que não se ocupou do estudo do poder como temática central.

A ênfase depositada no papel da ideologia para a conquista do poder faz despressentir que o Estado não é coisa. Nem pode ser: necessidades sociais tornara impositivo ao poder prestar-lhes atendimento. O próprio exercício do poder obriga a procura

"de soluções pragmáticas para todos os problemas, inclusive aqueles que pouco ou nada têm a ver com os seus interesses originais". (58)

A magnitude desta ruptura com o sistema capitalista requer um Estado fortemente repressivo e, enquanto tal, tarabéa impregnado de absoluta fidelidade aos postulados marxistas, portanto, dotado de aparelhos ideológicos atuantes.

A só conquista do poder não assegura sua dura manutenção. Também é preciso ser ideológico para o preservar. Mas, aí, já não estamos em presença de um Estado

coisa, mas, sim, diante de um Estado-sujeito que, a semelhança daquele concebido por Spinoza, se vê incapaz de instrumentalizar direitos preconizados, teórica e filosoficamente, em prol dos desvalidos, fundando, pois, um Estado que é veículo a serviço das práticas totalitárias de esquerda.

Um tal Estado institui a ditadura do proletariado, a ser substituída, se já não o foi, pela ditadura da burocracia, como preconizou Max Weber. É que, cedendo lugar ao Estado-sujeito, ele se alicerça no gigantismo de seu aparelho burocrático, posto disto depender a estatização da economia e a socialização dos meios de produção, com resultado que expressa não outra coisa senão a exploração do trabalho. (59)

A ditadura do proletariado, pretendida temporária, não o é porque todo poder político aspira à perpetuidade.

Um tal Estado não pode ser a democracia real que pretendia porque o exercício do poder transforma-o em sujeito ilimitado, baseado diretamente no uso da força, não restringido por quaisquer leis ou regras, como afirmado pelo próprio Lenin<sup>(60)</sup>.

Ao contrário da coisa pensada pela ideologia que lhe deu origem, este Estado»que não presta conta de seus atos aos ideais de igualdade e de liberdade, torna-se a democracia formal onde há a maior

"distância entre os direitos proclamados pelos textos e sua aplicação aos fatos". (51)

Não há, no âmbito do Estado-coisa, escala axiológica que norteie o Direito. As leis e as regras são tidas co

mo científicas<sup>f(62)</sup> e a salvo de crítica.  
são cumpridas.

Por ironia, não

"Se o socialismo é uma ciência, seus partidários detêm a verdade e seus adversários jazem no erro. Entre a verdade e a falsidade, não há pluralismo possível nem debate nem acerto nem compromisso." (63)

No entanto, a certeza jurídica perde toda significação porque um tal Estado transforma o Direito em simples instrumento de manipulação do poder, até o ponto em que chega a ignorar o princípio da publicação obrigatória da lei.

Aí a prova de que esta doutrina se afirma indevidamente uma ciência

"para justificar escolhas políticas, adornando-as com o prestígio da ciência, a fim transformada em ideologia". (65)

Não é de estranhar que chegue a internar opo - nentes em hospitais psiquiátricos.

O Direito, para este Estado, fica reduzido a condição<sup>(66)</sup> de aparelho repressivo, secundariamente ideológico.<sup>(67)</sup>

Logo, impõe-se concluir com Macridis:

"... nada garante que os objetivos declarados pelo comunismo serão realizados. Não há evidência clara de que estão sendo implementados em qualquer regime comunista e sobretudo não o são na União Soviética... Portanto, enquanto não houver uma indicação clara de que os objetivos ideológicos declarados dos regimes totalitários de esquerda

estao começando a ser implementados, parece que estamos tratando de um fenomeno político semelhante da extrema direita e da extrema esquerda". (68)

Apesar das muitas diferenças na origem, elementos comuns aproximam as ditaduras totalitárias:

a) "A existência de uma ideologia oficial, formada por um conjunto doutrinário que abrange todos os aspectos vitais da existência humana;

b) Um partido unico de massa dirigido por um ditador. Toda máquina burocrática governamental esta subordinada hierarquicamente ao partido;

c) A existência de um controle policial terrorista, cuja polícia secreta utiliza avançadas técnicas de repressão e psicologia aplicada ("Squadrista", "SS", "KGB" T

d) Monopólio quase total por parte do Estado dos meios de comunicação de massas, tais como a imprensa, o rádio e o cinema...

e) concentração das armas e dos meios militares nas mãos do partido e de seus funcionários;

f) Uma economia de planejamento centralizado sob a direção de uma coordenação burocrática." (69)

A concepção do Estado-agente vem-nos apresentada por Georges Burdeau, ao analisar a posição do Estado liberal. Mostra-se este Estado configurado sob base diversa da que imaginada por Spinoza:

"Um Estado de classe leva a supor a monopolização dos instrumentos de governo por aqueles cuja dominação é seu objetivo

garantir. Ora, a partir do desaparecimento do voto censitário, a burguesia não se beneficiou de qualquer monopólio legal deste genero. Munido do boletim do voto, a massa popular tinha a possibilidade, não dizemos de subordinar a si o poder, mas pelo menos de fiscalizar o seu exercício. Ora o regime em vigor continuou a ser o do Estado liberal; ele permaneceu sujeito aos fins de uma categoria social privilegiada. Não teremos assim a prova de que a hegemonia burguesa não foi um efeito da organização política, antes se fundava em algo infinitamente mais estável e mais resistente; a própria estrutura social?" (70)

Vemos, assim, a possibilidade de o Estado estar como que a serviço da estrutura social, vale dizer, e factível pensar conviva ele com ideologia que não lhe seja própria nem da classe que exerça a dominação.

Torna-se interessante observar que Poulantzas fundamenta seu estudo deste mesmo Estado em alicerce diametralmente oposto. Senão, vejamos:

"O Estado capitalista constitui a burguesia como classe dominante." (71)... "A burguesia não está instituída como classe dominante fora ou antes de um Estado que ela criaria para conveniência própria, e que funcionaria apenas como simples apêndice dessa dominação." (72)

Sobreleva, portanto, o papel orgânico do Estado na luta e na dominação políticas. A tarefa de organização e de unificação da burguesia e do bloco no poder precisa de ser executada na medida em que o Estado guarda uma autonomia relativa em relação a tal ou qual fração e componente desse bloco, em relação a tais ou quais interesses

particulares. "Autonomia constitutiva do Estado capitalista."

Na perspectiva burdauniana, a ideologia transcende ao poder, até o ponto de fundá-lo.

Em Poulantzas, tem-se o poder valorizado superiormente, mas um e outro destes posicionamentos não são levados às últimas conseqüências do que se pode esperar deles.

O Estado-agente, relativamente autônomo em relação à classe ou fração dominante, situa-se em posição intermediária entre os extremos.

O Estado-agente atribui ao Direito o enunciado -  
ar,

"em termos de regras legais, das aspirações, objetivos e valores de um grupo social." Não, contudo, como propriedade exclusiva deste, já que "grupos que aspiram ao poder formulam também seu ataque em termos de regras e princípios jurídicos." (74)

O Direito, por aparecer integrado aos aparelhos ideológicos do Estado, apresenta autonomia relativa mais ampla do que aquela deixada ao instrumental dos aparelhos repressivos. Por isto, pode constituir o que Poulantzas denomina

"sede de poder de classes que nem sequer fazem parte da-; classes dominantes." (75)

Tomemos exemplo concreto que nos identifica o Estado-agente autônomo em relação à ideologia da classe dominante: a burguesia conquistou a liberdade de associação na forma de um Direito, isto é, com val^

dade extensiva às demais classes. Com que resultado?

"Tal liberdade de associação ultrapassou, na sua projeção histórica, o interesse econômico exclusivo da burguesia e veio a aproveitar também ao proletariado que, como arma de combate, logo a utilizou, na forma de uma liberdade de coligação dos sindicatos operários, contra a burguesia que a princípio a tinha querido só para si. Desse modo, uma auto-regência da forma jurídica afetou a economia, repercutindo no jogo dos outros fatores." (76)

Trata-se de um Estado cuja democratização poderia representar-lhe um fator de dificuldades, como refletiu Georges Burdeau e foi receado por Stein: as classes desvalidas, ao conquistarem o direito ao voto, não submeteram a máquina estatal. Ao contrário, o sufrágio universal revelou-se uma "válvula de segurança contra a revolução".

##### 5. A Legitimidade

Segundo Burdeau, legítimo é o poder que obteve sua consagração jurídica, o poder fundado no Direito. (78)

O poder assim definido nos parece legal, mas não legítimo. A conceituação de Estado como "o agente de tentor do poder jurídico necessário e indispensável ao propósito de presidir a organização da vida coletiva" só se completa com a cláusula "sob o primado da legitimidade".

"Legais" também seriam os editos lançados por um Estado-sujeito ou por um Estado-coisa porque também respaldados no Direito, embora com a só justificação do puro arbítrio, que é o não-Direito.

A teoria da autolimitação do poder, por si só, não proporciona nenhuma garantia ao valor Liberdade.

"O poder poderia revogar a todo momento as liberdades que houvera concedido, o que faria da liberdade uma concessão de favor e não um direito." (79) ~

O valor Segurança, que está na raiz da escala axiológica, é essencial ao Direito, porque, sem ele, não , ^ ^ , (80) ^ fí l ^ na vigência, para Miguel Reale, positividade, para Gustav Radbruch.

Direito injusto ainda é Direito, já a arbitrariedade, que e a patologia do arbitrio, nunca se converte em Direito.

O primeiro valor que costuma ser solapado pelo governante ilegítimo é a Segurança ou Certeza Jurídica.

A legalidade é predicado inerentemente relacionado ao Direito, mas não abriga o conceito de legitimidade. Esta lhe é superior porque se radica na possibilidade da realização dos valores jurídicos. Significa dizer que a possibilidade (leia-se legitimidade) "é a legalidade acrescida de sua valoração". ~ f fí P )

O poder, tal como definido por Burdeau, é, apenas, o poder enquanto visto como organização ou disciplina jurídica da força. ^ @ ^ Mas não é legítimo porque não abriga a possibilidade de realização dos valores. Não só a Segurança e a Liberdade, não tres, quatro ou mais mas



todos os valores quantos se façam presentes na vida coletiva.

Embora em muitos pontos concordemos com Silvio de Macedo, não podemos aceitar seu entendimento acerca da legitimidade.

"Toda a legitimidade é situação de verdade jurídica, nem que seja formal... Entendemos a legitimidade como um aspecto da verdade. A legitimidade é definida em termos da norma jurídica, mais profunda que a legalidade e as vezes com ela confundida ou equivalente. Mas a legitimidade não exaure a verdade jurídica, que pode vigir (sic) numa ordem metajurídica. A legitimidade seria então a expressão normativa, definida em termos dos textos legais e dos costumes jurídicos, da verdade jurídica que é expressão valorativa." (84)

Aquela possibilidade de que já falamos nos parece alcançar a legitimidade, embora não em um plano contuista. Desde que esteja presente, numa dada ordem jurídica, a simples possibilidade de realização dos valores jurídicos legitima o Direito e a utilização do poder.

"A noção de legitimidade é uma das chaves do problema do poder. Em um dado grupo social, a maior parte dos homens acredita que o poder deve ter uma certa natureza, repousar sobre certos princípios, revestir uma certa forma, fundar-se sobre uma certa origem: é legítimo o poder que corresponde a essa crença dominante. A legitimidade é uma noção sociológica, essencialmente relativa e contingente. Não existe uma legitimidade, mas várias legitimidades, segundo os grupos sociais, os países, as épocas etc" (85)

A legitimidade, ligada a realização dos valores, nunca é expressão normativa, definida a partir de um texto legal.

Por não vislumbrar assim, Burdeau não consegue superar a oposição entre os partidários do Direito Natural e os positivistas, embora intente fazê-lo.<sup>^</sup> (86)

Os valores jurídicos podem se apresentar conflituosos, em seu momento de concreticidade. E mesmo uns em conflito com outros, todos permanecem "jurídicos" e "legais", embora talvez não se faça um uso legítimo deles.

Se conflitáveis os valores, haverá, sempre, a possibilidade de um ou outro fundamentar uma ideologia ou, melhor dito, a viabilidade de qualquer ideologia servir-se de algum valor que satisfaça a consciência jurídica.

"A luta ideológica se converte desta maneira em uma luta da Justiça contra a injustiça. Em uma luta onde cada força social em pugna, valorando como justa sua própria atitude política, mantém e defende o postulado de uma determinada orientação de direito positivo." (87)

Legítimo é o direito que manifeste tendência a harmonização dos valores, para assim ordenar, de forma efetiva a vida coletiva.

Legítima será toda decisão de governo que contribua para esta harmonização. Pois se cada categoria social forja sua própria ideologia, legítimo há de ser o Estado que se afigure feitor de uma ideologia relativamente autônoma em relação a todas as demais, para que possa presidir a integração e o apaziguamento dos conflitos sociais.

Fazendo nossas as palavras de Maurice Hauriou,  
 ouçamo-lo :

"O equilíbrio constitucional é o termo médio entre estes dois extremos. Nele joga a ordem como força de resistência; a liberdade, como força de movimento e de mudança; quanto ao poder político, não está adstrito nem a ordem nem a liberdade; segundo as circunstâncias, se inclina ate uma ou a té outra para restabelecer o equilíbrio perturbado. Se a resistência que opõe a ordem estabelecida às mudanças reclamadas em nome da liberdade lhe parece excessiva ou perigosa, o poder arroja sua força do lado da liberdade; se, pelo contrário, as reformas solicitadas em nome da liberdade lhe parecem prematuras ou excessivas, se inclina do lado da ordem. No equilíbrio constitucional, as oscilações do poder político se assemelham às do pêndulo, que com seu vai-e-vem regulariza o mecanismo: ha movimento contínuo porque o peso da liberdade triunfa sobre a resistência dos mecanismos da ordem, mas o movimento é suave e regular, e o governo constitucional adquire duração e lentidão evolutiva, ainda que favoreça a liberdade. Adquire, ao mesmo tempo, a posse de si, que é a grande condição para que possa criar o Direito e assim o equilíbrio constitucional contribui para fazer do poder de governo uma fonte de Direito." (89)

Este movimento pendular é da essência do Estado e do Direito legítimos, embora desperte a desconfiança de Giorgio Del Vecchio contra o que chama de espírito revolucionário

"... que não poucas vezes também tem abusado do nome sagrado da Justiça para en-

cobrir as mais impuras paixões e os mais inconfessáveis interesses". (90)

Os valores a realizar não se materializam na realidade social sem pugna ideológica, sem um poder e um Estado ideológicos, sem um Direito que ideológico também o seja ou venha a ser, necessariamente.

"Navega o poder nesse mar revolto de ações, interações e contestações da sociedade e ele necessita sobreviver, necessita ser aceito para conseguir traduzir sua ideologia e organizar a sociedade de acordo com seus interesses. É aí que a estratégia e as táticas são importantes e é aí que o Direito aparece em toda sua plenitude, como expressão formativa da mitigação dos conflitos das forças sociais." (91)

Como se verá adiante, o Juiz é um agente modelador da ideologia dominante. (92)

A medida do êxito de tal empreendimento fará prevalecer o interesse geral.

## 6. síntese do Capítulo

1) Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores. Embora não possa ser concebido à perfeição, trata-se de Ciência referida a valores, ou seja, um conjunto sistematizado de conhecimentos desti-

destinados a sua realização. O realizá-los dá-lhe base para o reconhecimento da legitimidade. Voltado para o propósito de alcançá-la, basta-lhe isto para que possa exercer a ordenação do controle social.

2) Estado é agente detentor do poder jurídico a que incumbe presidir tal ordenação, sob a realização dos valores consagrados pelo Direito. Na medida em que esteja voltado para a efetivação deste intento, será um Estado legítimo.

3) Ideologia é a procura da legitimidade e o seu encontro, quando possa, ela própria, ideologia, legitimar-se.

4) Legitimidade é a realização dos valores jurídicos, todos quantos grassam na vida coletiva.

5) A legalidade acrescida da sua valoração atribui legitimidade ao Direito, a mostrar que a legitimidade não se radica simplesmente no texto da lei.

## NOTAS

- (1) JELLINEK, Georg. Teoria General Del Estado. Tradução alemã por Fernando de Los Rios. Buenos Aires, Editora Albatros Lavallo, 1973. p. 272
- (2) STAMMLER, Rudolf. Tratado de Filosofia Del Derecho. Tradução por W. Roces. Editora Nacional, s/d . p. 341
- (3) BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 3ª ed. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972. p. 2
- (4) Of. BATALHA, Wilson de Souza Campos. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro, Forense, 1982. p.32
- (5) Teoria Marxista do Desaparecimento do Estado e do Direito, abandonada por Stalin, cf. STAYANOVICH, K. mimeografado
- (6) REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 1986. p. 297
- (7) STAMMLER, Rudolf, op. cit., p. 9-10
- (8) REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 1986. p. 92
- (9) SICHES, Luis Recaséns. Introducción Al Estudio Del Derecho. 4ª ed. México, Editorial Porrúa, 1977. p. 6
- (10) DUVERGER, Maurice. Os Laranjais do Lago Balaton . Tradução de Edgard de Brito Chaves Junior. Brasília, UNB, 1980. p. 23
- (11) STAMMLER, Rudolf, op. cit., p. 254
- (12) AGAZI, Evandro. A Ciência e os Valores. ^ Tradução de Francisco da Rocha Guimarães e José Nogueira Machado. São Paulo, Loyola, 1977. p. 140
- (13) SICHES, Luis Recaséns. Tratado General de Filosofía Del Derecho. 6ª ed. México, Ed. Porrúa S. A., 1978. p. 461
- (14) BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 1
- (15) Cf. MACEDO, Silvio de. Curso de Axiologia Jurídica Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 23
- (16) RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979. p. 175

- (17) Cf. BUCKLEY, Walter. A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas. Tradução de Octavio Mendes Cajuado. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo, Editora Cultrix, s/d. 255
- (18) AJAMBUJA, Darci. Teoria Geral do Estado. 5<sup>a</sup> ed. Porto Alegre, Ed. Globo, 1971. p. 389
- (19) KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1985. p. 305
- (20) HAURIOU, Maurice. Derecho Publico y Constitucional. Tradução de Carlos R. Del Castilho. Madrid, Reus, s/d. p. 162-3
- (21) DUVERGER, Maurice. Sociologia Política. Tradução de Jorge Esteban. Barcelona, Ed. Airei, 1968. p. 262
- (22) BUCKLEY, Walter, op. cit., p. 264
- (23) STAMMLER, Rudolf, op. cit., p. 193
- (24) BOBBIO, Norberto et alii. Dicionário de Política. Tradução de Luis Guerreiro Pinto Cacaís et alii. Brasília, UNB, 1986. p. 401
- (25) CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, s/d. v. I, p. 21
- (26) SICHES, Luis Recaséns, op. cit., p. 285
- (27) POULANTZAS, Nicos. O Estado, O Poder, O Socialismo. Tradução de Rita de Lima. Rio de Janeiro, Editora Graal, 1985. p. 147-8 e 151
- (28) SICHES, Luis Recaséns. Introducción Al Estudio Del Derecho, p. 6
- (29) Cf. REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972. p. 220
- (30) AGAZI, Evandro, op. cit., p. 140
- (31) SMITH, Elisa A. Mendez. Las Ideologías y El Derecho. Buenos Aires, Astrea, 1982. p. 16
- (32) FRIEDRICH, Carl J. Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito. Tradução de Alvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1965. p. 220

- (33) DUVERGER, Maurice. Os Laranjais do Lago Balaton, p. 57
- (34) Cf. REALE, Miguel, op. cit., p. 219
- (35) SMTH, Elisa A. Mendes, op. cit., p. 96
- (36) RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 215
- (37) SMTH, Elisa A. Mendes, op. cit., p. 37-8
- (38) DUVERGER, op. cit., p. 12
- (39) , Sociologia Política, p. 208
- (40) Idem, p. 254
- (41) WOLKMER, Antonio carlos. Ideologia, Estado e Direi to. SÃO Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. p. 159
- (42) SPINOZA. Tratado Político. Tradução de José Perez. Rio de Janeiro, Ediouro, 1968. p. 311
- (43) Idem, p. 315
- (44) Ibidem, p. 315-6
- (45) STAMMLER, Rudof, op. cit., p. 87
- (46) SPINOZA, op. cit., p. 331
- (47) Cf. RIVERO, citado por CRETELLA JR., José. Curso de Liberdades Publicas. Rio de Janeiro, Forense 1986. p. 24
- (48) FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Função Social da Dogmá tica Jurídica. São Paulo, Revista dos Tribunais 1980. p. 195-6
- (49) GREAVES, H. R. G. Fundamentos da Teoria Política. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, Zahar Editores, s/d. p. 24
- (50) Idem, p. 23
- (51) Cf. Ernst Beling, citado por PEREIRA, Sergio Gis-chkow. Interpretação Jurídica e Aplicação do D^ reito. Revista Ajuris, Porto Alegre, (27): 129, março 1983
- (52) LUCAS, Randolph. Democracia e Participação. Tradu-ção de Cairo Paranhos Rocha. Brasília, UNB, 1985 p. 13



- (53) WOLKMER, Antonio Carlos, op. cit., p. 112
- (54) Idem, p. 123
- (55) MACRIDIS, Roy C. Ideologias Políticas Contemporâneas. Tradução de Luis Tupy Caldas de Moura e Maria Ines Caldas de Moura, Brasília, UNB, 1982 . p. 114
- (56) BOBBIO, Norberto et alli, op. cit., p. 1258
- (57) , citado, quanto à primeira asserção por Celso Lafer. BOBBIO, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. Tradução de sérgio Bath, Brasília , UNB, 11980. p. 13-4 e 153
- (58) RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 141
- (59) WOLKMER, Antonio Carlos, op. cit., p. 43 e 47
- (60) MACRIDIS, Roy C., op. cit., p.138
- (61) DUVERGER, Maurice, op. cit., p. 6
- (62) Em Que Fazer? Lenine concluiu que "não se pode ter a liberdade de criticar uma verdade científica" Idem, p. 44
- (63) Ibidem, p. H
- (64) ONATE, Flávio Lópes. La Certeza Del Derecho. Tradução de Santiago Sentes Melando y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires, Ed. Europa-América, 1953 . p. 114
- (65) DUVERGER, Maurice, op. cit., p. 11-2
- (66) POULANTZAS, Nicos. Sociologia. Tradução de Heloísa Rodrigues Fernandes. São Paulo, Ática, 1984. p. 120
- (67) ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado. Tradução de Joaquim Jose de Moura Ramos. Lisboa, Editora Presença, s/d. p. 32, 43-4
- (68) MACRIDIS, Roy C., op. cit., p. 114
- (69) V/WOLKMER, Antonio Carlos, op. cit., p. 115
- (70) BURDEAU, Georges. O Estado. Tradução de Cascais Franco. Póvoa de Varzim, Publicações Europa-América, s/d. p. 113

- (71) POULANTZAS, Nicos. O Estado, O Poder, O Socialismo.p. 144
- (72) Idem, p. 145
- (73) Ibidem, p. 146
- (74) TIGAR, Michael E. et alii. O Direito e a Ascensão do Capitalismo . Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro,Zahar Editores, 1978. p. 275
- (75) POULANTZAS, Nicos, op. cit., p. 121
- (76) RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 401-2
- (77) MOREIRA, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo. Coimbra, Centelho, 1978. p. 128
- (78) BURDEAU, Georges, op. cit., p. 51
- (79) HAURIOU, Maurice, op. cit., p. 18-9
- (80) REALE, Miguel. Filosofia do Direito, p. 595
- (81) RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 160
- (82) BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 6<sup>^</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 114
- (83) Idem, p. 108
- (84) MACEDO, Silvio de, op. cit., p.
- (85) DUVERGER, Maurice. Ciência Política. Teoria e Método. Tradução de Heloísa de Castro Lima. 2<sup>®</sup> ed. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1976. p. 15
- (86) BURDEAU, Georges. Método de La ciência Política. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1964. p. 196-7
- (87) SMITH, Elisa A. Mendes, op. cit., p. 97
- (88) DUVERGER, Maurice. Sociologia Política, p. 133
- (89) HAURIOU, Maurice, op. cit., p. 9
- (90) VECCHIO, Giorgio Del. Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Antonio Jose Brandão. 5<sup>®</sup> ed. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1979. p. 587
- (91) AGUIAR, Roberto A. R. Direito, Poder e Opressão. 2<sup>®</sup> ed.são Paulo, Alfa-Omega, 1984. p. 55
- (92) Idem, p. 67

## CAPITULO II

### 0 CONCEITO CONTEUDISTA DE LEGITIMIDADE

#### 1) Os Valores Jurídicos

já se afirmou a tendência do movimento histórico no sentido duma consagração progressiva de princípios jus-naturalistas pelo Direito Positivo, ainda que possa ser dita parcial e imperfeita.^^^

A assertiva esta conforme com o desenvolvimento histórico da relação entre o Direito Natural e o Positivo, desde o abandono da transcendência para o encontro de uma justificação imanente para o poder, situação que se desenvolveu de uma primeira fase em que o Direito Natural sobrepujava o Direito Positivo até se haver chegado ao reconhecimento de um Direito Natural de conteúdo variável, fato que está na raiz do processo de sua positivação. (2)

A uma análise crítica não poderia escapar, sem dúvida, a prodigalidade que tem marcado a Ciência Jurídica no proclamar normas tuteladoras daqueles direitos, ditos fundamentais.

De resto, pouca ou talvez nenhuma seria a contrabuição do Direito, num Estado concebido quase à perfeição porque as instituições, elas próprias justas, teriam-no tornado anacrónico e, sem o seu concurso, alcançariam a realização do ideal de Justiça social, com efeito estático negador do fato histórico da evolução do próprio Direito.

No entanto, à pura e simples constatação dos fatos, o Estado que se revela é, mais do que em qualquer outra época, intervencionista (e não necessariamente exitoso na condução dos crescentes e cada vez mais complexos problemas sociais) e centralizador das decisões em mãos do Poder Executivo, com o que resulta presente, dentre outros males, o desequilíbrio potencialmente condutor ao sacrifício da Liberdade.

Não se vislumbra venha manifestar-se qualquer modificação no quadro assim delineado porque ele é resultado do progresso técnico a que tende, por evidente, a evolução

científica. Nisto estão acordes autores como Maurice Duverger <sup>(3)</sup> e Dalmo de Abreu Dallari, <sup>(4)</sup> este quando estuda os futuríveis do Estado, para concluir que a racionalização objetiva de sua organização e de seu funcionamento implicam formas autoritárias de governo, ao menos num futuro que pode ser predito.

A esta mesma análise não pode escapar, por certo, a premissa de que uma proposta capaz de quedar, satisfeita, com se manter nos limites estreitos de uma visão de

ontológica, mas não axiológica,^^^ contém o pecado original de não produzir resposta à pertinente questão de 'como' a Justiça e os demais valores poderão, paradisiacamente, realizar-se .

Temos, de um lado, sempre renovada a relevância do Direito, eis que presente e influente nos destinos humanos. De outro lado, temos a questionar se lhe estão conferidas condições para constituir instrumento nobre, habil a persecução do que dele se pode esperar, como agência de controle social: numa palavra, indaga-se, em plano axiológico, da sua coerência ou não com a consagração de princípios jurídicos naturalistas. »

Não é a Justiça valor único referido ao Direito. Muitos outros valores se interpõem, pospõem ou, mesmo, antepõem.

No plano da ordem de especificação, quais seriam os valores jurídicos? Respondem os doutores.

Para Carlos Cossio: ordem, segurança, paz, poder, solidariedade, cooperação. (6) A liberdade se apresenta como um prius de todos os outros valores

Para Eduardo Garcia Maynes (valores fundamentais): segurança jurídica, bem comum, justiça (7)

Para Gustav Radbruch: justiça e segurança (8)

Para Hans Kelsen: vida, liberdade, igualdade, segurança, verdade, justiça, compaixão, indivíduo, nação. (9)

Para Luis Recaséns Siches: justiça, dignidade

de da pessoa humana individual, liberdades fundamentais do homem, bem estar geral, paz, ordem, segurança (10)

Para Maurice Hauriou: ordem, poder, liberdade (11)

Para a Organização das Nações Unidas: liberdade, justiça, paz (12)

Para Silvio de Macedo (valores com expressão normativa): verdade jurídica, justiça social, lealdade, amor, honra, honestidade, liberdade, poder, ordem social, igualdade, paz (13)

Para Wilson de Souza Campos Batalha: justiça, bem comum, segurança (14)

Basta uma vista de olhos sobre o que se tem por assentado acerca do tema para que possa ser dito que nada se tem por assentado.

H. Münsterberg chega a admitir vinte e quatro espécies de valores.<sup>n</sup> (15)

Johannes Hessen, após reconhecer, com Nicolai Hartmann, que os processos seguidos para alcançar uma classificação dos valores "são ainda meramente exteriores e superficiais", esquivava-se à pretensão de

"juntar mais uma às tentativas que têm sido feitas até agora para uma classificação definitiva dos valores". (16)

Nesta conjuntura, se há de pensar, acompanhamo Silvio de Macedo, numa síntese que conclua inexistir "numerus clausus" quando se fala em um sistema de valores.

"Os axiólogos jurídicos procedem de modo isolacionista, como se cada valor jurídico, nas estruturas reais, não funcionasse num processo de aglutinação com os valores primordialmente não jurídicos e que, na verdade, se integram. Daí que, segundo nos parece, todos os valores existentes podem se tornar jurídicos, em determinado momento, por aglutinação." (17) "... sustentamos o ponto de vista particular de que os valores jurídicos resultam, na sua visão estrutural, de aglutinação de valores diversos ou heterogêneos, ou seja, que os valores jurídicos são muitas vezes valores econômicos, estéticos, éticos ou outros, sob a incidência ou toque do jurídico, sendo impossível uma estrutura jurídico-social constituída so de valores jurídicos puros, ou sejam, os abstratos e tradicionalmente admitidos como tais." (18)

Se muitos, até inumeráveis, os valores referidos ao Direito, resta sacramentar, como premissa fundamental, aquela que, tomando em linha de princípio apenas dois valores - liberdade-igualdade -, os têm como antitéticos.

"Quanto mais os homens são livres para agir à sua vontade, mais crescem as iniquidades naturais que se dirigem para a dominação do mais forte. Para superá-las é preciso sempre uma pressão constante, que torna os homens menos livres. No limite, a liberdade se destrói sem a igualdade, que a destrói. Mas uma tal contradição se engaja também num mecanismo de autoregulação: ao mesmo tempo opostas e complementares, a liberdade e a igualdade se desenvolvem em um equilíbrio de tipo orgânico, difícil de estabelecer e manter, sempre instável e sempre discutível." (19)

Radbruch, que reduz a dois os valores jurídicos, põe em evidência o quanto se contradizem, mas renuncia à busca de solução.

"Estas contradições, ou, pelo menos, esta tensão entre as várias antíteses, são, pode dizer-se, invencíveis." (20)

Georg Jellinek renunciou, também, a enumerar os fins do Direito. Para ele, a proteção e a conservação dos (mais limitadamente o auxílio aos) bens e interesses humanos são os fins que lhe correspondem. Embora admita que o fim precípua da conservação não se presta como nota distintiva porque também é próprio de outros poderes sociais, Gellinek conclui que

"quem atribua ao Direito fins mais amplos necessita reconhecer estes como os mais imediatos." (21)

com o que não concordamos e não concordam, sobretudo, Robert Maciver e A. N. Whitehead:

"... o governo exerce a autoridade com duas finalidades precípuas... Uma delas é a manutenção do Código estabelecido... A outra finalidade do governo é o reajustamento dessa nova ordem as condições e às necessidades emergentes." (22)

"Há dois princípios inerentes à natureza mesma das coisas... O espírito de evolução e o espírito de conservação. Nada de real pode existir sem a concorrência de um e outro. A simples evolução sem conservação representa apenas uma passagem do nada para o nada ...



E na simples conservação, sem mudança, nada se conserva. O fato é que, depois de tudo, as circunstâncias estão de contínuo se alterando e o caráter genuíno do ser desaparece com a simples repetição." (23)

Tal como, na problemática da interpretação das normas jurídicas, haverá uma limitação da liberdade em favor da igualdade, frente a uma concepção coletivista, também é possível, a cada sistema jurídico, a eleição de um dos valores com supremacia sobre outro ou, inclusive, uma total eliminação deste. Tal ocorreu no Estado alemão, sob o regime nacional-socialista, ao suprimir o princípio nullum

crimen sine lege, assim banida do Direito toda preocupação pela liberdade. (24)

Duas observações, valiosa uma, desvaliosa outra, acompanham o poder.

A primeira o reconhece constantemente ameaçado, quando apenas baseado na força e na violência, <sup>/ o c ^</sup> fato que lhe confere estímulo para não descambar no puro arbítrio in consentido pela maioria dos governados. Nesta passo, o Direito cumpre o papel de também nortear as ações do poder, dos pré-fixados limites postos pelas normas jurídicas.

"O poder tem isto de característico que quanto mais ele concorre à positivação do Direito, mais se prende ao Direito declarado e mais por este é circunscrito." (26)

O poder desprovido de competência jurídica, "in dependente do Direito e de seu fundamento", <sup>(27)</sup> pode ser outro fenômeno, mas poder não é.

Um tal fenômeno, completamente diverso do que é o poder, pode constituir força individual ou vigor (stren-

gth), força (force), violência (violence), como sustenta Hannah Arendt, <sup>(28)</sup> porquanto, para ela, o poder não admite adjetivação. "Poder legítimo" é expressão redundante, já que para ser poder, necessita, per se, abrigar legitimidade.

Maurice Hauriou comunga deste entendimento:

"Mas a qualidade do poder político será muito diferente segundo as relações que sustentem entre si os dois elementos.

Se o elemento autoridade política prevalece notoriamente sobre o elemento poder de dominação, haverá poder de fato ou poder irregular. Estas expressões, que estão consagradas pelo uso, provam que, segundo a consciência humana, o poder político normal é aquele no qual o elemento poder de dominação se tem subordinado ao elemento autoridade política e o poder de vontade ao valor da vontade. Este poder, com efeito, se une ao Direito e se afasta da força." (29)

Rudolf Stammler firma idêntico posicionamento:

"... se fala de um Direito do mais forte. Mas esta força 'do mais forte' descansará na possibilidade de impor eficazmente um Direito em vigor. Não se trata de energias físicas. Dentro da vida social, quando se diz que alguém é forte, se quer dizer, logicamente, que existe uma determinada vinculação jurídica, a teor da qual a vontade deste pode influir decisivamente sobre a de outros. Assim, pois, a possibilidade de um poder social exige sempre como um requisito complementar, ainda na tentativa teórica, a existência de uma vinculação jurídica sem que apareça de modo algum como conceito independente e hostil ao Direito." (30)

A outra observação, desvaliosa, estabelece a im-  
periosidade do monopólio da coerção, de per si positivo, mas  
com a contrapartida de que a indispensabilidade do poder e  
sua aspiração à perpetuidade colocam o valor segurança a  
serviço destes mesmos propósitos.

Afirma-o Osvaldo Ferreira de Melo:

"Em nome do princípio da segurança er-  
guem-se na história dos povos momumentos à  
tirania e ao imobilismo social porque há u-  
ma imagem de segurança desenhada pela for-  
ça, pela violência e pela dominação." (31)

Desta segunda observação, decorre consequência  
nefasta: a de que o Direito surge penetrado pela preocupa-  
ção da segurança, justificada como também um seu valor ima-  
nente, necessário à estabilidade das relações sociais. O i-  
dealizado bem comum acaba por ceder lugar à manutenção do  
status quo, a serviço do poder, que já não pode ser entendi-  
do legítimo, na mesma perspectiva em que a 'coisa' cede lu-  
gar ao 'sujeito' e isso não dá referência a valores, senão,  
apenas, a um valor: o da própria coisa ou o do próprio su-  
jeito .

A segurança mesma, sem a realização de outros  
valores, acaba por ser o primeiro valor solapado porque o  
Direito, de agência de controle social que é, passa a ser-  
vir como simples meio de governo. (32)

A experiência demonstra que o Estado se trans-  
forma num fazedor de leis, estas hipertrofiadas, enquanto o  
Direito afastado de sua verdadeira função social.

A hipertrofia da lei, o Estado como máquina pro

dutora de leis cria somente a ilusão da certeza, já que re-  
tira ao Direito a possibilidade de minimamente alcança-la.

"... o esmiuçar das normas em infinitas hipóteses cria mais escapatórias do que as que obstrui. Efeito que se consegue bem pela especificação minuciosa da lei, bem pela multiplicidade das leis. 'São tantos os éditos... e o doutor não é bobo: a3^go que sirva para meu caso sabera encontrar...' estes são os pensamentos que Manzoni atribui a dom Rodrigo e que estão em perfeita correspondência com a unica declaração do doutor a Renzo: 'Se se^ sabem^ manejar bem os editos, ninguém e reu e nxn - guém é inocente'. Na mare magnum das leis, fácil é encontrar alguma onda complacente que conduza à praia o naufrago réu ou pior ainda, que faça naufragar o inocente." (33)

"Onde se exalta demais a segurança, invocando-a como justificativa para ações arbitrárias do governo, o povo não tem segurança nem o próprio governo se sente seguro. " (34)

Em verdade, Direito legítimo, como já afirma -  
do, é aquele voltado para a realização do valor, não de um,  
mas de todos, sem exclusão de nenhum.

"Todo e qualquer elemento de um determinado sistema não-jurídico que entre ^no sistema jurídico torna-se jurídico também. Daí os valores da honra, da honestidade, da fidelidade." (35)

Como os valores a realizar não se materializam na realidade social sem pugna ideológica, o Estado e o Direito são "o ambiente ótimo para a sociedade e para o homem". (36)

Entendemos assim por ser o direito uma ciência puramente imanente, ( 3 V) <sup>^</sup>que abriga, por essência, a maleabilidade necessária à realização dos valores.

"Com respeito a esse tema de razão e história, trata-se, portanto, de um problema de realização dos valores. A diversidade e a variabilidade, isto é, a historicidade, não se predicam dos valores, mas de sua realização na vida humana social. Tenha-se em vista que o problema que estou examinando agora é, não o problema dos valores jurídicos puros, mas o dos ideais jurídicos; portanto, é um problema concernente à realização dos mesmos precisamente onde não de ser realizados, na vida humana social. A vida humana é essencialmente histórica. A vida humana é a conjugação do sujeito com os objetos que formam o contorno. E a vida humana social é a tessitura formada por determinadas relações entre múltiplas vidas humanas em uns aspectos especiais. Pois bem, os dois ingredientes que formam as vidas humanas (sujeitos concretos e circunstâncias) estão submetidos à lei da diversidade e à lei da variação." (38)

Na tentativa de explicar como possa ocorrer o fenómeno da evolução contínua dos institutos jurídicos, independentemente de alteração do texto legislado, Sebastian Soler exclui que o momento valorativo do Direito esteja no ato de sentenciar. Porém, o argumento que esgrime,

"Comete-se uma grave incorreção quando se diz que o direito segue sendo o mesmo pelo fato de que não haja mudado o artigo em que se definia uma figura determinada, porque a punibilidade de um fato concreto não só depende desta disposição senão tam-

bem de toda disposição jurídica que contrabua a determinar a licitude ou ilicitude do fato porque um fato é lícito enquanto é conforme com o direito como totalidade." (39)

acaba por falhar em suas conseqüências, ao incidir numa inaceitável concepção reducionista dos valores jurídicos.

Consentâneo com a realidade dos fatos parece o entendimento esposado por José Puig Brutau:

"Se as regras gerais se ajustassem como uma luva aos casos concretos, o direito somente se modificaria com a promulgação de novas leis gerais, que é o que precisamente não ocorre, tão flagrante tem sido o crescimento e a alteração do direito, através da prática, durante os séculos XIX e XX, na América, como em qualquer outro tempo e lugar. Não haveria, então, desacordo entre os expertos do direito nem votos discordantes no julgamento de uma causa e nenhum juiz honesto e documentado suportaria que lhe revogassem as sentenças. Se o direito não prescindisse de ambigüidades, se, pelo contrário, admitisse um vaticínio infalível, nenhum advogado - como diz Jerome Frank - se poderia escusar de haver perdido uma questão. A tese de que a regra geral é impotente por si só, e as mais das vezes, para resolver o caso particular, indica que o centro de gravidade da criação jurídica situa-se na decisão concreta e não na regulamentação genérica." (40)

E de registrar-se o pensamento de Johannes Heisen :

"Enquanto a vida se antolhar ao homem repleta de sentido e valor, como que saturada de valioso, ele não conseguirá jamais

libertar-se do reino da imanência. Mas quando na sua alma 'começa a escurecer' e quando o seu sentido da existência começa a obliterar-se, quando os valores negativos, o desvalioso, passam ao primeiro plano sob a forma de golpes do destino, de dores, pecados e sofrimentos de toda espécie, então quebram-se para o homem todos os laços que o prendiam à imanência e abre-se para ele, de par-em-par, a perspectiva da transcendência." (41)

## 2. A Coação

O Direito é ideológico. A coação não necessita ser. Por isto, não está à base da realização dos valores jurídicos. Não está referida à idéia de Direito nem é instrumento que se revele valioso de entre os que estão ao alcance do Estado para que possa presidir a organização da vida coletiva e do Direito para que possa ordená-la.

Mesmo aqueles que explicam a ordem social a partir do fator coerção não podem fazê-lo sem que seja necessário apelar para argumentos que deslocam a ênfase por eles mesmo atribuída ao fator em questão, como registra, na seguinte passagem, Percy S. Cohen:

"Os homens coíbem seus impulsos e submetem-se às normas porque temem as consequências de um proceder diferente ou porque são constantemente lembrados da sua necessidade moral de assim agir por aqueles

que os comandam." (42)

A "necessidade moral de assim agir" já atribui à dimensão dos valores o estabelecer critérios que dêem orientação às ações.

Coação não é um valor, na ordem de especificação, já que não há valor cuja realização possa estadear com fazê-lo imposto, sem atender a uma necessária correspondência aos reclamos sociais.

Valor significa "a qualidade intrinsecamente boa de um ato ou de uma coisa." (43)

"O dever-ser e a obrigatoriedade para a consciência são-nos dados imediatamente na vivência do próprio valor e fundam-se nele. Não são algo vindo de fora, mas são imanentes. Pertence à essência do moralmente bom o ser absolutamente obrigatório para a consciência. Pertence ao próprio sentido do moralmente bom o obrigar, o tu deves, isto é, precisamente o seu caráter de imperativo moral." (44)

Todos os valores, potencialmente, são um fim. E o são, realmente, no plano da ordem de exercício, aí, quando sobreleva a perspectiva da sua realização voltada para o bem que neles está contido: o fim inerente à sua realização. Por isto, vistos os valores no momento da sua concreticidade, a coação não é um valor.

Não há diferença entre uma violência de mãos limpas e uma violência de mãos sujas, se o objetivo final for a própria violência.

Mas se o objetivo a perseguir é a realização



dos valores, todos quantos grassam, em coexistência desarmonica, no seio de uma comunidade, harmonizá-los será o fim a que se deve votar a agência de controle social que é o Direito.

O Direito, não a lei.

"Esta falta de clara diferenciação entre o direito constituinte e o direito constituído representa a fenda por onde irrompe a força criadora do chamado direito dos juristas, isto é, do direito que resulta segregado espontaneamente pela atividade de quantos se ocupam por profissão das lides forenses. É também o fundamento da distinção entre os conceitos de ius e lex. O primeiro é o direito criado pelos juristas como resultado das soluções obtidas quando das controvérsias ou conflitos de interesses, era suas diversas modalidades: laudos, pareceres, fórmulas notariais, qualificações do registro público, sentenças judiciais etc. Seu valor radica na força persuasiva que possua, independentemente da força coativa que lhe' possa emprestar o Estado. Mas não cabe dúvida de que o Estado tem interesse em que ambos os valores, o persuasivo e o coativo, coincidam e se confundam. A lex representa, com efeito, o instrumento de que se vale a autoridade constituída para dotar de força compulsiva ao ius. O que ocorre e que este, mesmo supondo-se que possa ser capitado efetivamente pela formulação positiva da lei, não se esgota nela mesma, senão que o saber transcende o poder que pretende encarná-lo." (45)

A coação, por si mesma, não subministra ao Estado e ao Direito nenhum critério de ação, seja ideológico ou valorativo. Portanto, não é tradutora de uma justificativa para o Estado, para o Poder e para o Direito. Desval\_i

oso coagir por coagir. E se valioso fosse, um tal valor estaria na mais baixa hierarquia em qualquer escala axiológica, posto que atribuir valor a um que não guarde referência a outros valores significa hipostaziá-lo, torná-lo

"um mito que deva ser assegurado a qualquer preço e em qualquer situação",

para acompanhar o pensamento de Melo, antes explanado. De outra parte, a ser entendida a coação como um meio para a realização dos outros valores, estes, por lhe servirem de fundamento, obscurece totalmente aquele que nele se funda.

"... o objetivo mais importante da axiologia em geral consiste em distingüir, entre os fins da atividade humana, aqueles que são fins últimos e possuem valor em si próprios, e os que são fins-secundários ou fins-meio e recebem o seu valor dos fins últimos." (46)

Precisamente por isto o Estado moderno foi o que, pela primeira vez, pretendeu identificar-se com o mundo jurídico, deixando de entender-se titular de um monopólio da coerção para se arvorar detentor de um monopólio do Direito. Por moderno, reputamos um tipo de Estado que, moldado dentro de um processo de centralização e concentração ocorrido durante os séculos XV, XVI e XVII, veio a desdobrar-se através de sucessivas fases que englobam o momento absoluto, o liberal e o social. (47) E o Direito, neste processo evolutivo, passou a ser visto como produto de uma origem única, no sentido de que o Estado detém a última instância para dizer o Direito, embora possa ele provir de outras fontes.

Muitos são os autores que negam significação va-

liosa a coação e a tem como elemento meramente acidental, no que respeita ao Direito.

Vejamo-los :

Georg Jellinek:

"A coação não é nota essencial ao Direito. Não é possível compreender porque há de ser considerada como a única garantia do direito a motivação que resulta do temor a certas medidas jurídicas... A doutrina que considera a coação como essencial ao conceito de direito tem que tomar uma atitude defensiva: desconhece que existem fora do Estado outros poderes sociais que oferecem garantias essenciais para a satisfação das normas jurídicas. Os costumes, as regras particulares de urbanidade de determinadas classes da sociedade e de certas profissões, as associações eclesiásticas, a imprensa e a literatura são uma coação muito mais forte do que toda a que possa exercer o Estado. É certo que só estas garantias, não procedentes do Estado, não poderiam manter a ordem jurídica, mas não menos certo, de outra parte, que, se a pressão de tais poderes cessasse, deixaria de existir a ordem jurídica, pois a coação jurídica só é elemento indispensável que serve para fortalecer as garantias que prestam os elementos exteriores ao Estado. E a experiência tem ensinado que ali onde existe um costume com raízes fundas na vida social ou uma prática religiosa, em oposição com a ordem jurídica, resulta impotente a coação do Direito. Partes inteiras do ordenamento jurídico carecem de coação (direito privado, constitucional e internacional). As garantias que possuem grande parte do Direito Público e Internacional, excluídas por sua própria natureza de toda coação do Direito, são freqüentemente muito mais fortes que todas as medidas jurídicas coativas que se possam imaginar." (49)

John Randolph Lucas:

"... Mas o poder do Estado é muito diferente da força sob seu controle e tipicamente os Estados mais poderosos são os que possuem poucas forças porque precisam de poucas para manter a lei e a ordem. A força é exigida apenas contra os recalcitrantes, ao passo que o poder deriva tanto do apoio não-compulsório quanto da obediência forçada. A força pode ser vista como um remédio, uma consequência para o pecado, mas o poder não pode." "Frequentemente tem-se imaginado o Estado como fundado na força. Trata-se de uma perspectiva falsa. É verdade que o Estado deve ser potencialmente coercitivo. Mas o fato de não depender do uso da força é que constitui sua característica fundamental. Embora deva ser capaz de usá-la, ele não a pode usar sempre. Ele deve confiar largamente na obediência voluntária de seus membros e estar, portanto, comprometido com algum princípio de participação. É razoável almejar uma instituição minimamente coercitiva. O poder reside muito menos na força do que na autoridade e esta relacionado com a aceitação. O governo depende, se não da aprovação ativa, pelo menos da submissão dos governados e embora este elemento democrático possa ser mínimo em alguns Estados, ele mostra que assim como todos pertencem ao Estado, o Estado pertence a todos e ninguém pode ser completamente desconsiderado." (50)

Niklas Luhmann:

"... a violência física não pode ser poder, mas é o caso limite intransponível de uma alternativa a evitar constitutiva do poder." "Força e direito não são idênticos." Uma limitação ao poder fundado na violência: "embora empregável quase universalmente, ele não pode aplicar diretamente a 'mais valia' alcançada para ganhar posição no âmbito de

outros meios, exemplo, verdade e amor." (51)

Percy S. Cohen:

Apresenta os valores e as normas como elementos básicos da vida social. Todo poder se torna autoridade legítima quando exercido na perseguição daqueles objetivos que são definidos em termos de valores fundamentais da sociedade. As teorias da coerção, do interesse, do consenso de valores e da inércia não podem, isoladamente, explicar as origens da ordem social. Mas cada qual enuncia uma condição necessária, não suficiente, para a continuidade da ordem social. "Toda ordem social repousa sobre uma combinação de coerção, interesse e valores." Os modelos de "consenso" (ou "integração") e de "coerção" (ou "conflito") se interpenetram. Características de um estão presentes no outro. De seu pensamento deflui que "o uso do poder coercitivo pode coexistir com uma autoridade legítima, embora, evidentemente, quanto mais coercitivo o poder se torna, menos repousa ele na legitimidade." (52)

Silvio de Macedo:

"A justiça é causa essencial, a coercibilidade, accidental." "Se o amor pode sacudir as estruturas sociais e se estas só mantêm estabilidade pelo Direito, então amor e Direito se aglutinam no sistema jurídico, formando o valor jurídico." (53)

Paremos por aqui para evitar o enfadonho das citações e o risco de incidir na repetição. Basta registrar que, neste mesmo diapasão, seguem: Gustav Radbruch, H. R. G. Greaves, Cari J. Friedrich, Alf Ross, Dalmo de Abreu

Dallari.

Discrepam Hans Kelsen e Max Weber, os dois maiores teóricos do Estado moderno, neste século.

O primeiro com afirmar, peremptoriamente, que

"Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato é efetuado pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e - em caso de resistência - mediante o emprego da força física, é o critério decisivo." (55)

Não vemos porque deva ser decisiva a coação: não é nota distintiva em relação a quaisquer outras normas por que estas outras normas, sejam quais forem, já por serem normas, contêm, em si, algum grau de coercibilidade e não seriam normas, deixassem de traduzir um mínimo de obrigatoriedade: a mesma coação que um indivíduo exercita sobre outro quando entre eles surge, para a dirimção de um qualquer conflito, a possibilidade de invocar seja uma regra de ordem moral, de cunho religioso, de disciplina familiar etc.

Jellinek já ofereceu resposta satisfatória e concludente. Greaves também o fez, ao salientar que fatos não jurídicos, *strictu sensu*, se tornam tais quando na ordem de exercício porque jurídicos o são, *lato sensu*.

Niklas Luhmann e Silvio de Macedo mostram que o amor também integra a positividade do Direito, embora irrelevante possa ser para a sua vigência.

Compaixão também é um valor, di-lo o próprio Kelsen.

Pontes de Miranda, o primeiro autor brasileiro a discordar de Kelsen, tem autoridade para rebatê-lo: Direito é processo social de adaptação, que, em seu momento evolutivo, cada vez mais prescinde da coação.

Retomemos as citações:

"Pressão social difusa, enquadramento coletivo e propaganda estão em realidade nas fronteiras dos elementos materiais do poder e das crenças. Eles tendem a desenvolver as crenças, logo a não serem mais sentidos como coação. O poder procura sempre obter boa aceitação. Mais ainda, procura fazer-se amado, reverenciado, por meio dos sistemas de crenças. Não é certo que esse esquema racional de um poder baseado primeiro sobre a força, que tende em seguida a fazer-se aceitar através de crenças, corresponda a realidade. É possível, ao contrário, que as crenças sejam um elemento originário do poder, que elas se tenham gerado antes da força. O estudo das sociedades primitivas mostra que elas são dominadas por um sistema de crenças e que a coação só desempenha um papel secundário, sob a forma do que se chamou pressão social difusa." (58)

"Radicalizar a sanção jurídica é típico de grupos sociais que já não sabem jogar o jogo do poder. É o poder moribundo. Não é a radicalização das sanções que vai levar a um controle eficaz das contradições sociais. Talvez a aplicação de penas graves seja até um fator de aceleração das mudanças que subjazem latentes na sociedade." (59)

Max Weber, ao fundar o poder

"na probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social , ainda com toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade", (60)

plantou premissa para definir o Direito como essencialmente dotado de coercibilidade, até o ponto de não reconhecer o Direito Internacional como "propriamente Direito". Por isto, a afirmação de que o Estado é uma comunidade humana que pretende, com sucesso, o monopólio do uso da força física dentro de um determinado território,^^^^ sendo a violência meio decisivo para a política.

Nesta ordem de idéias, Weber não poderia, por meio do conceito de legitimidade legal-racional, tomar em consideração os processos sociais que levam a cabo a legitimidade, como sustenta Luhmann. (64)

Todos os posicionamentos vistos até aqui, especialmente o de Hannah Arendt, põem a nu uma contradição nos próprios termos presente na posição de Max Weber;

"a inclusão da pura violência, a equiparação da legitimidade a efetiva obtenção da obediência, por seu turno, afastam por completo qualquer possibilidade de tratamento do problema da legitimidade." (65)

Parece-nos proceder o comentário irônico de Jacques Maritain;

"... muitos sociólogos contemporâneos tendem a considerar a conotação de coação, de coerção, como essencial da noção de norma; porque são sociólogos; trata-se do caráter empiricamente mais acen-



tuado, mais aparente - na realidade o mesmo fundamental - e eles o tomam como sendo o caráter constitutivo essencial." (65)

Concluamos o pensamento de Melo, quando apresenta o antídoto à hipóstase da força, da violência e da dominação.

"Normas justas e (ou) socialmente úteis deverão (segundo os padrões de julgamento da consciência jurídica da sociedade) gerar uma situação de bem-estar em que a sensação de segurança seja uma decorrência natural em vez de um mito..."

### 3. A Legitimidade

Na coação não se pode basear o Estado para presidir a organização da vida coletiva porque, já se viu, isto ele só poderá fazer quando voltado para a mitigação dos conflitos sociais.

Nela também não poderá basear-se o Direito, instrumental de que se utiliza o agente para ordenar o controle social.

Tarefa maior do que coagir lhe incumbe: o ordenar da vida coletiva, mediante a realização dos valores, que são fins a cumprir.

Uma tal tarefa pressupõe algo necessite ser ordenado, precisamente os valores a imprescindir de cumprimento.

Para Wilson de Souza Campos Batalha,

"Nunca, em tempo algum, se poderia pretender que o Direito tivesse o sentido de não realizar aqueles valores, ou de realizar valores diferentes", (67)

no caso, para seu entendimento, os valores que são a Justiça, a Segurança e o Bem Comum.

Harmonizá-los, estes e os demais valores jurídicos, incumbe ao Direito e lhe dá a feição característica, vale dizer, forma e conteúdo que o individualiza como expressão "mais alta da tradução ideológica do poder". (68)

A realização dos valores só poderá ensejar-se com proceder, antes, a sua necessária compactibilização. Importa, portanto, precisar o conceito de legitimidade, para a ele incorporar o que é da sua essência. Entendemo-la como a tentativa de compactibilização dos valores que grassam na vida coletiva em coexistência desarmonica.

Direito, segundo Jellinek, é

"Um compromisso entre interesses diferentes e até opostos." (69)

"Todas as oposições sociais são ao mesmo tempo relações de equilíbrio entre forças e poderes sociais. Esta é a razão pela qual no Estado existe uma luta tão aspera entre os grupos dominantes e os que aspiram à dominação ou entre os que dominam e os excluídos de toda participação. Muitas instituições de Direito Público são, por isto, resultado de compromissos entre as exigências dos que combatem desde distintos grupos sociais e uma parte do Direito não é outra coisa que a resultante de um estado de equilíbrio entre os interesses sociais divergentes." (70)

Aqui, novamente aparece aquela vocação do Di-

reito para a manutenção de um equilíbrio em meio a situações que se apresentam antitéticas porque sustentadas por diferentes, diversas, antagônicas ideologias. Por isto, todos os valores que grassam na vida coletiva são jurídicos ou, para o serem, basta necessitem harmonização.

A solução a buscar, onde o problema revela seu verdadeiro ponto crucial, passa por uma tentativa de superação das contradições que grassam no Direito positivo. Verdades apodícticas podem inexistir, mas aporias insolucionáveis, sem dúvida, inexistem.

O êxito do empreendimento parece fundado sob a premissa de que os valores, em sua abstratividade, são invariáveis, porém, enquanto tais, não participam do conceito do Direito.

Mesmo a "Justiça constitui ingrediente da idéia do Direito, mas é irrelevante para o seu conceito formal". (71) já no campo do Direito Positivo, os valores jurídicos variam, em seu momento de concreticidade. E somente em sua concreticidade aderem ao Direito, são a ele incorporados, sem vinculação a um comprometimento a priori, a não ser com o pensamento dominante em dado momento histórico. (72)

"Talvez seja real o acordo, por exemplo, para defender a 'Justiça', a 'Liberdade' e a 'Igualdade', mas o que esses conceitos significam para o grego antigo, para o cristão primitivo, para o italiano da Renascença, ou significam para os ingleses, americanos\* ou russos do século XX são coisas muito diferentes. Tampouco significam a mesma coisa para indivíduos de diferentes épocas

ses." (73)

Aliás, a evolução do conceito de liberdade pode dar curso à idéia de que os valores também variam em sua abstratividade porque jamais o homem voltará a admitir seja-lhe reduzido este valor à expressão do que lhe fôra concedido ou outorgado, no passado, corao tal.

O dilema kelseniano radicado na futilidade do intento de estabelecer, por via de considerações racionais (75) uma norma absolutamente correta de conduta humana não chega a constituir autêntica aporia: entendida irapossível a cognoscibilidade de uraa Justiça absoluta, resta esclarecer que não é objeto do Direito, menos, ainda, do Direito Positivo, persegui-la.

A impossibilidade da captação do valor, no seu sentido absoluto, não obscurece a constatação de que, mesmo para Kelsen, a Liberdade, a Igualdade, a Justiça, a Segurança etc surgera como realidades valiosas.

Nem poderia deixar de ser assim:

"Os atos cora que apreendemos os valores não são, em caso algum, atos de puro conhecimento, mas de sentimento; não são intelectuais, mas emocionais. Os valores carecem de ser sentidos e, sobre a base deste sentir, intuídos. O apriorismo que está à base da captação dos valores não é um apriorismo intelectual reflexivo, mas f raocional e intuitivo, segundo Hartmann." (76)

A existência captável de valores permite inferir quais realidades sejam desvaliosas. Estas e aqueles

interessam ao Direito porque o problema de que se esta a tratar diz com viabilizar a realização dos valores, aqueles, existentes, acaso impedidos de atuar.

"O homem vem tentando definir 'Justiça' pelo menos desde o debate contido em A República, de Platão. Mas desde que há, hoje, muito mais acordo sobre que coisas devem ser consideradas justas e injustas, ha real fundamento na opinião de que a Justiça representa um valor aceito, por mais impreciso que seja defini-lo exatamente." (77)

No entanto, a quase unanimidade que se consegue no plano da consciência moral com respeito à captação dos valores é

"facilmente quebrada ou por sinceros conflitos de valores ou, com bastante mais frequência, pelas interferências sutis dos egoísmos privados ou de grupo, os quais, embora admitam aqueles valores em linha de princípio, encontram depois maneira de cavilar a respeito das normas concretas que derivam deles." (78)

Conflitos de valores podem surgir de boa fé, mas também podem ser evocados como pretexto, na defesa de certos interesses. Quando isto se verifica, a situação que se revela não é a de não captação do valor, mas "a oportunidade procurada de evitá-la".

Daí ser necessário

"... o empenho de caráter científico cognoscitivo que estabeleça sucessivamente o nexó entre o valor e as situações concretas. É assim que se contribui de modo essencial para a passagem do valor a norma

sem a qual o proprio valor acaba por abstractizar-se e a adesão a ele por se revellar ou puramente retórica ou feita de veleidade ou, no limite, hipócrita." (80)

Nada há de final nos "critérios existentes na sociedade que nos cerca", registra Greaves, o que coloca em evidência a constatação de J. C. Rees, por ele citado;

"Não há maneira de provar, demonstrativamente, que um conjunto particular de valores seja superior a outro, mas é possível, nas palavras de Mill, 'possam ser apresentadas considerações capazes de levar o intelecto a dar ou recusar seu assentimento.'" (81)

Ao Direito interessa não uma Justiça edênica, mas aquela que possa representar, em um dado momento histórico, o resultado possível da solução dada ao conflito potencial cora a ordem.

Este conflito vera deraonstrar não ser a Justiça valor teleológico único para o Direito porque, na realidade, todos os valores o são. Ura tal conflito como possa resolver-se?

"A exigência de que estudos políticos produzam respostas corretas a todas as questões de conflito e, ainda mais, que lhes preveja a aceitação, nenhuma justificativa possui." (82)

Ao Direito interessam os valores enquanto considerados no plano teleológico, ou seja, na perspectiva do seu exercício.

"Uma norma não pode ser outra coisa

senão uma indicação do modo pelo qual um certo princípio ou um certo valor deve realizar-se numa situação concreta, o que implica necessariamente um mínimo conhecimento a respeito da situação e de quem aí atua." (83)

Ocorre que a incognoscibilidade de uma Justiça absoluta também é a mesma em relação a todos os demais valores. E há mais, ainda:

"Em um caso particular, pode estar envolvido um direito inerentemente importante de uma forma secundária, ao passo que um direito menos importante pode estar envolvido prioritariamente, de modo que sobreleve ao mais importante." (84)

Os conflitos se apresentam situados no tempo e no espaço. Somente o conhecimento das circunstâncias que os cercam e lhes dão individualidade fornece os subsídios necessários para o encontro da justa solução.

Isto implica dizer que o método indutivo e, por excelência, aquele adequado ao momento de concreção do Direito.

Assim pensava Aristóteles:

"ou teremos de considerar a equidade como alguma coisa de melhor que a Justiça ou teremos de a considerar como alguma coisa não diferente da Justiça, isto é, como uma simples forma dela. E o mesmo Aristóteles sugeriu-nos a solução deste dilema ao afirmar que a Justiça e a Equidade não são afinal valores diferentes, mas caminhos diferentes para chegar ao mesmo único valor jurídico. A Justiça considera

o caso individual no ponto de vista da norma geral; a Eqüidade procura achar a própria lei do caso individual, para depois a transformar também numa lei geral, visto ambas tenderem por natureza, em última análise, para a generalização. Assim se manifesta, na distinção entre Justiça e Eqüidade, a distinção metodológica, a que já atrás nos referimos, entre a noção dum direito justo extraída por dedução de certos princípios gerais e um conhecimento do mesmo direito justo, mas conquistado por via indutiva e extraído da própria natureza das coisas." (85)

A excelência do método indutivo vem salientada por autores como Maurice Duverger, Cari J. Friedrich, Tocqueville, Benjamin N. Cardoso, José Puig Brutan, Bachelard, John Stuart Mill, Pontes de Miranda, Pedro Lessa, João Arruda, (86) entre outros tantos.

O afastamento das contradições pressupõe, mais precisamente, a reafirmação da premissa de que ao Direito compete a organização social. Um Direito que alcance, efetivamente, esta dimensão tende à legitimidade porque estará na sua essência o não abrigar a imposição de interesses sobre direitos.

A superposição dos primeiros é traço característico dos regimes de força, que necessitam do Direito para a justificação do poder, expressão da ideologia de um grupo ou classe detentora dos privilégios sociais. Mas, aí, enseja-se lugar a outra espécie de Direito: aquele que é reduto ontológico da ilegitimidade, mero instrumento de dominação que outra coisa não faz senão justificar o apotegma da lei "do mais forte"



dos sofistas. Um tal Direito torna duvidosa, ate nula, perante princípios axiológicos, a averiguação de seu papel no que diz respeito à dialética poder-resistência, aqui fazendo pender a balança da Justiça para o lado da resistência:

"Qualquer povo, em qualquer lugar, tendo a disposição e o poder, tem o Direito de levantar-se e sacudir o governo existente, formando um novo que lhe seja mais adequado. Este constitui um direito valiosíssimo e sacratíssimo... Mais do que isso, a maioria de qualquer parcela de tal povo pode-se revoltar derrubando a minoria..."

"O que isto quer dizer é que por trás de todas as leis positivas e constituições, há uma lei superior expressa nos direitos de um povo enquanto formado de seres humanos. Este direito está definitivamente associado à doutrina dos direitos humanos e à noção correlata de um direito de revolução." (87)

O vocábulo Direito presta-se para traduzir duas realidades distintas, uma legítima, outra não.

"a) instrumento de organização social; b) instrumento de organização e justificação do exercício do poder - voltado à garantia de sua eficácia - e de dominação social por um determinado grupo." (88)

Expungido o Direito de suas próprias condições, não surgirá a revelação do denominador para a constituição de um autentico nirvana, mas, sim, o fio condutor (instrumento nobre, hábil) para a realização efetiva de valores priorizados sob uma hierarquia pre-

sidida pela exigência mesma da Justiça, não absoluta, es-  
tática, ao contrário, associada a seu sentido de renova-  
ção e mesmo insatisfação revolucionária, no dizer de Re  
ale. (89)

"A crítica ao Direito existente, em  
cada época, sempre teve significação de  
demonstrar que fracassara a pretensão de  
realizar tais valores. Alias, apenas em  
função de determinados valores e que se  
torna possível qualquer crítica, face a  
polaridade valor/desvalor." (90)

A integração e a harmonia não podem ser con-  
cretizadas de forma absoluta e, embora revistam-se de  
implicações essencialmente democráticas, nenhum sistema  
de governo é capaz de garanti-las. (91)

Como sustenta Tocqueville:

"... o importante é que os governan-  
tes não tenham interesses contrários ou  
diferentes dos da massa dos governados,  
não disse que era necessário que tivessem  
interesses semelhantes ao de todos os go-  
vernados, pois, que eu saiba, nunca se en-  
controu algo no genero..." (92)

Noções como democracia e direitos humanos, não  
exatamente conquistadas pelo pensamento científico con-  
temporâneo, não lograram merecer a síntese de uma con-  
ceituação, em plano satisfatório, enquanto permaneceram  
sob orientação legislativa imprimida em cada país, iso-  
ladamente. Teríamos tantas 'democracias', ao sabor de  
conveniências inconfessáveis, interesses fugazes, casu-  
ísmos espúrios quantas o governante quisesse exprimir,  
com despreço à proposição de que o Direito é uma ciên-  
cia referida a valores.

"Todo país se considera uma democracia e se indigna com as pretensões de seus rivais, que por sua vez também se descrevem como democracias e alegam serem os demais países desonestos em suas reivindicações. Finalmente, cansados da discussão, concluímos que o termo democracia não tem significado, trata-se de um título honorífico que cada país atribui a si mesmo, da mesma forma que um corretor imobiliário descreve to da casa que vende como a desejável." (93)

Direitos fundamentais, porque inerentes ao homem, constituem uma limitação à soberania do Estado. No entanto, seu mero reconhecimento, mesmo sua afirmação em sede constitucional, como soi acontecer, não teve a virtualidade de impor uma tão frágil limitação frente a vontade do poder.

Destarte, precisou-se recorrer à internacionalização destas noções, quer para resguardá-las sob o manto da legitimidade, a salvo daquele vício de origem, como também ao propósito de fazê-las dotadas de obrigatoriedade jurídica.

Objetivos desta ordem necessitam caminhar, ainda, o bom espaço existente entre a concretização do almejado e a realidade palpável do pouco efetivamente conseguido.

"Com a palavra os habitantes de Hiroshima, os judeus do gueto de Varsóvia e os palestinos de Beirute." (94)

Conseguiu-se, entretanto, o consenso representado por um padrão internacional de Justiça (international standard of Justice), tido como um mínimo a ser as-

segurado a todos os homens. ( 95 )

Conseguiu-se, até, dar consagração jurídica ao Direito de resistência contra a opressão:

"A Organização fara com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais." (§ 6 do art. 2<sup>a</sup> da Carta da ONU)

Direito legítimo é, portanto,

"... um direito plural, mas, para ser legitimo, ele tem de ser parcial, isto é, ele tem de representar a parcela mais importante da sociedade, seja em número, seja em significação... Um direito legítimo e um direito que toma partido da maioria que tem a função preponderante em uma sociedade." (96)

A compactibilização dos valores se fez com prevalectante opção por aqueles que colocara o Direito como força de contenção, vindo ele empós e na esteira dos acontecimentos, quando deveria preponderar sua função transformadora, engajada na criação da ordem do futuro.

A coação nada modifica, apenas mantém o status quo, enquanto o apelo à estabilidade das relações sociais só se torna exitoso na medida em que o injusto possa dar lugar ao justo, ainda que, para isso seja possível , o sentido da ordem deva limitar-se a garantir a incerteza dos resultados. ( 97)

"Mas perguntássemos para concluir. Pode, em verdade, o direito prometer certeza aos homens, para reger sua ação? Bem pensado, deve contentar-se que a deva prometer. O difícil é que a possa dar. Toda promessa feita neste sentido é relativa. É, de certo

modo, uma promessa com reserva mental. Porque que garantias pode dar o direito de que o legislador não sancionará leis injustas ou inconstitucionais? A única garantia que pode dar neste sentido é a de que o povo não voltará a pensar nele no dia de sua reeleição. E é isto tão relativo na ordem humana... Toda certeza, repetimos, será sempre relativa. Acaso um dos problemas do direito em seu sentido axiológico consista no contraste entre sua ansiedade de certeza e a impossibilidade de evitar sua imprecisão." (98)

A desejada estabilidade não pode engendrar mal maior do que o ganho que dela resulte, quando, era seu nome, o Direito obstaculiza o "espaço onde se organizam as reivindicações políticas, econômicas e sociais", ^^^dado caracterizador da sociedade democrática.

"Não deveis arrastar na poeira os standards estabelecidos pela equidade, a fim de conquistar uma conformidade insignificante no que respeita à simetria e à ordem; o ganho não se compara com a perda." (100)

O século XX nos está a demonstrar que o desnudamento das falácias jurídicas, em prol do próprio Direito, é a postura natural àquele que aspire a vislumbrá-lo como forma não apenas eficaz, mas legítima de agência de controle social direcionada rumo a perfeição. (101)

É impossível identificar Justiça com lei.

"Pelo contrário, a Justiça só pode ser entendida se a considerarmos como um estado em cujo sentido a lei se orienta, como uma aproximação." (102)

Justiça e ordem são reciprocamente dependentes, (103)  
 mas, não raro, se apartam, (104) tornando necessária a es-  
 colha do valor que deva prevalecer, em cada caso.

"Com a modificação das relações sociais se modifica também singularmente o valor atribuído às normas que estão em vigor... Este movimento vem acompanhado de um impulso a modificar e a complementar o Direito existente. Não é casual que todas as revoluções da época moderna hajam se inspirado na doutrina do Direito Natural. Isto não significa mais do que o conjunto de exigências que uma sociedade-, no curso de sua vida e de suas transformações (ou uma classe social particular) dirigem aos poderes que criam o Direito." (105)

Com este, afina, de modo impressionante, o pensamento de Carl J. Friedrich;

"Se é verdade que os direitos constituem expressão de valores e crenças prevalentes em uma comunidade, então, a medida que os valores e crenças nela se alteraram, deve também ocorrer mudança nos direitos presentes nessa comunidade. A formulação das prescrições sobre os direitos humanos deve ser algo flexível. Não se deve partir da premissa tão aceita de que os direitos são inalienáveis e inalteráveis." (106)

A legitimidade não se predica na lei porque esta, por ser um intento de realização da Justiça, nem por isso irá alcançá-la sempre, por completo. O legal, para ser legítimo necessita vir acrescido de uma valoração que só pode ser feita pelo intérprete ou aplicador do texto legislado.

Ao assim se proceder, chega-se ao momento da

legitimidade.

#### 4. Síntese do Capítulo

1) Todos os valores são jurídicos porque todos eles necessitam do concurso do Direito para alcançar sua realização na vida coletiva.

2) O Direito é ideológico porque ideológicos são os valores jurídicos.

3) A coação não é ideológica e, por isso, não é um valor jurídico. Não há valor que possa estadar com fazê-lo imposto, sem uma necessária correspondência com ditames preconizados pelo bem comum.

4) O monopólio do Direito e não o monopólio da coerção constitui feição característica e individualizada do Estado moderno.

5) O conceito conteudista de Legitimidade incorpora em sua essência a 'tentativa de compactibilização dos valores jurídicos que grassam na vida coletiva em coexistência desarmonica'. O harmonizá-los constitui o fim a que se deve votar a agência de controle social que é o Direito.

6) Inexistem verdades apodícticas que subministrem critério apriorístico ideológico-valorativo para a ordenação da vida coletiva. Só a via indutiva conduz à supe

ração das aporias jurídicas.

7) A legitimidade não se predica na lei. O legal, para ser legítimo, necessita vir acrescido da valoração que lhe faça o intérprete ou aplacador do texto legislado .



## NOTAS

- (1) DEL VECCHIO, Giorgio, op. cit., p. 582
- (2) ADEODATO, João Mauricio Leitão. 0 Problema da Legitimidade. (no rastro do pensamento de Hannah Arendt) Rio de Janeiro, Forense Universitaria, 1989.p.74-5
- (3) DUVERGER, Maurice, op. cit., p. 90-1
- (4) DALLARI, Dalmo de Abreu. 0 Futuro do Estado. São Paulo, Editora Moderna, 1980. p. 165
- (5) MACEDO, Silvio de, op. cit., p. 4
- (6) COSSIO, carlos. Radiografia de La Teoria Ecológica dei Derecho. Buenos Aires, 1989. p. 163; COELHO , Luiz Fernando. Introdução à Crítica do Direito. Curitiba, 1983. p. 40
- (7) CF. MACEDO, Silvio de, op. cit., p. 2
- (8) RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 161
- (9) CF. MACEDO, Silvio de, op. cit., p. 17
- (10) SICHES, Luis Recásens, op. cit., p. 256
- (11) HAURIOU, Maurice, op. cit., p. 8
- (12) Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 10 de dezembro de 1948
- (13) MACEDO, Silvio de, op. cit., p. 25
- (14) BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 651
- (15) CF. HESSEN, Johanes. Filosofia dos Valores. Tradução de L. Cabral de Moncada. 5<sup>a</sup> ed. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1980. p. 106
- (16) Idem, p. 107
- (17) MACEDO, Silvio de, op. cit., p. 26
- (18) Idem, p. 27
- (19) DUVERGER, Maurice. Os Laranjais do Lago Balaton, p. 210

- (20) RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 163
- (21) JELLINEK, Georg, op. cit., p. 249-0
- (22) CF BUCKLEY, Walter, op. cit., p. 255
- (23) BRUTAU, José Puig. A Jurisprudência como Fonte de Direito. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre , Coleção Ajuris, 1977. p. 17
- (24) SOLER, Sebastian. Los Valores Jurídicos. Buenos Aires, Balme, 1948. p. 50
- (25) BALANDIER, Georges. O Poder em Cena. Tradução de Luiz Tupi Caldas de Moura. Brasília, UNB, 1982. p. 7
- (26) REALE, Miguel, op. cit., p. 560
- (27) ROSS, Alf. Sobre el Derecho y La Justicia. Tradução de Genaro R. Carrio. 2ª ed. Buenos Aires, 1970. p. 57
- (28) ADEODATO, João Mauricio Leitão, op. cit., p. 172
- (29) HAURIOU, Maurice, op. cit., p. 183
- (30) STAMMLER, Rudolf, op. cit., p. 192
- (31) MELO, Osvaldo Ferreira. Utilidade Social da Norma, Uma Questão de Política Jurídica. Revista Sequência, Florianópolis (9): 16, junho de 1984
- (32) FARIA, José Eduardo. A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1985. p. 33
- (33) ONATE, Flavio López. La Certeza dei Derecho. Tradução de Santiago Sentes Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1953. p. 98-9
- (34) DALLARI, Dalmo de Abreu. O Renascer do Direito. São Paulo. José Bashataky Editor, 1976. p.47
- (35) MACEDO, Silvio de, op. cit., p. 16
- (36) AZAMBUJA, Darci. Teoria Geral do Estado. 5ª edição. Porto Alegre, Editora Globo, 1971. p. 392

- (37) RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 171
- (38) SICHES, Luis Recasens. Tratado General de Filosofía del Derecho, p. 461
- (39) SOLER, Sebastian, *op. cit.* D. 33
- (40) BRUTAN, José Puig, op. cit., p. 51
- (41) HESSEN, Hohannes, op. cit., p. 302
- (42) Cf. COHEN, Percy S. Teoria Social Moderna. Tradução de Christiane M. Oiticica. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1970. p. 38
- (43) MARITAIN, Jacques. Problemas Fundamentais da Filosofia Moral. Tradução de Geraldo Dantas Barreto. Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 1977. p. 47
- (44) HESSEN, op. cit., p. 91-2
- (45) BRUTAN, José Puig, op. cit., p. 10
- (46) REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972. p. 306
- (47) SALDANHA, Nelson. O Estado Moderno e a Separação de Poderes. São Paulo, Saraiva, 1987. p. 5
- (48) ADEODATO, João Maurício Leitão, op. cit., p. 53
- (49) JELLINEK, Georg, op. cit., p. 251-2
- (50) LUCAS, Randolph, op. cit., p. 47 e 207
- (51) LUHMANN, Niklas. Poder. Tradução de Martine Creusot de Resende. Brasília, UNB, 1985. D. 52-3
- (52) COHEN, Percy S., op. cit., p. 48, 184-5, 189
- (53) MACEDO, Silvio de, op. cit., p. 6 e 93
- (54) RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 174; GREAVES, H. R. G., op. cit., p. 25; FRIEDRICH, Carl J., op. cit., p. 201; DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 50-2
- (55) KELSEN, Hans, op. cit., p. 37-8
- (56) Cf. MACEDO, Silvio de, op. cit., p. 21
- (57) MIRANDA, Pontes de. Introdução à Política Científica. Rio de Janeiro, Livraria Garnier, s/d.p. 153

- (58) DUVERGER, Maurice. Ciência Política, p. 14
- (59) AGUIAR, Roberto A. R., op. cit., p. 153
- (60) Cf. ADEODATO, João Mauricio Leitão, op. cit., p.56
- (61) Ibidem
- (62) WEBER, Max. Ensaio de Sociologia. Tradução de Wacziarg Dutra. 5ª edição. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1982. p. 98 e 103
- (63) Idem, p. 145
- (64) LUHMANN, Niklas. Legitimação Pelo Procedimento. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real, Brasília, UNB, 1980. p. 30
- (65) ADEODATO, João Mauricio Leitão, op. cit., p. 203
- (66) MARITAIN, Jacques, op. cit., p. 156
- (67) BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 647
- (68) AGUIAR, Roberto A. R., op. cit., p. 80
- (69) JELLINEK, Georg, op. cit., p. 256
- (70) Idem, p. 72
- (71) BATALHA, Wilson de Souza Campos. op. cit., p. 50
- (72) Ibidem; REALE, Miguel, op. cit., p. 559-61
- (73) GREAVES, H. R. G., op. cit., p. 144
- (74) FRIEDRICH, Carl J. Uma Introdução à Teoria Política. Tradução de Leonidas Xausa e Luis corção Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1970.p. 14
- (75) Cf. SICHES, Luiz Recaséns, op. cit., p. 418
- (76) HESSEN, Johannes, op. cit., p. 133
- (77) GREAVES, H. R. G., op. cit., p. 141-2
- (78) AGAZY, Evandro. A Ciência e os Valores. Tradução de Francisco da R. Guimarães e Jose N. Machado, São Paulo, Loyola, 1977. p. 125
- (79) Ibidem

- (80) Idem. Ibidem
- (81) GREAVES, H. R. G., op. cit., p. 49; CARDOSO, Benjamin N. A Natureza do Processo e a Evolução do Direito. Tradução de Leda Boechat Rodrigues 3ª edição. Porto Alegre, Coleção Ajuris, 1978. p. 216
- (82) GREAVES, H. R. G., op. cit., p. 226
- (83) AGAZI, Evandro, op. cit., p. 123
- (84) FRIEDRICH, Carl J., op. cit., p. 19
- (85) Cf. RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 91
- (86) DUVEGER, Maurice, op. cit., p. 22 e 41; FRIEDRICH, Carl J., op. cit., p. 18-9; TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Tradução de J. A. G. Albuquerque, Editor Victor Civita, 1973. passim; CARDOSO, Benjamin N., op. cit., p. 22; DAGOGNET, François. Bachelard. Tradução de Alberto Campos, São Paulo, edições 70, p. 27; MILL, John Stuart. Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva e Outros Textos. Tradução de João Marcos Coelho. 2ª edição. São Paulo, Abril Cultural, 1979. passim; MIRANDA, Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972, T. III, passim; LESSA, Pedro e ARRUDA, João, citados por REALE, Miguel. Filosofia do Direito, p. 318
- (87) Cf. FRIEDRICH, Carl J., op. cit., p. 49, citando oração proferida por Lincoln
- (88) GRAU, Eros Roberto. A Constituinte e a Constituição que Teremos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985. p. 54
- (89) REALE, Miguel, op. cit., p. 528
- (90) BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 648
- (91) GREAVES, H. R. G., op. cit., p. 191
- (92) TOCQUEVILLE, Alexis, op. cit., p. 237
- (93) LUCAS, Randolph, op. cit., p. 1
- (94) COELHO, Luis Fernando, op. cit., p. 41
- (95) MACIEL FILHO, Érico. Direito Internacional e Direito Interno. Desafio e Afirmação. Porto Alegre, Globo, 1973. p. 193

- (96) AGUIAR, Roberto A. R., op. cit., p. 66-7
- (97) WARAT, Luiz Alberto. As Funções Constitucionais do Saber Jurídico e os Caminhos da Transição Democrática. Revista Sequência. Florianópolis, (12); 53, 12 semestre 1986
- (98) COUTURE, Eduardo J., em Prologo à obra La Certeza dei Derecho, de ONATE, Flavio LÓpes
- (99) WARAT, loc. cit.
- (100) CARDOSO, Benjamin N., OD. cit.. D. 219
- (101) COELHO. Luis Fernando, OD. cit.. D. 159
- (102) FRIEDRICH. Carl J. Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito, p. 211
- (103) Idem, p. 235-6
- (104) ONATE, Flavio LÓpes, op. cit., p. 8
- (105) JELLINEK, Georg, op. cit., p. 258
- (106) FRIEDRICH, Carl J. Uma Introdução à Teoria Política, p. 20

### CAPITULO III

#### A CONQUISTA DA LEGITIMIDADE

##### 1. Vigência e Positividade do Direito

Hans Kelsen reduz o Estado ao Direito, definindo este como ordem coativa e isenta de elementos ideológicos . (1)

Max Weber, ao contrário, privilegia inteiramente o poder, de modo que não seja possível falar em Direito senão aquele plantado por emanção da vontade do Estado .

O primeiro faz lembrar a concepção do Estado - coisa,

"A segurança coletiva atinge o seu grau máximo quando a ordem jurídica, para tal fim, estabelece tribunais dotados de competência obrigatória e órgãos executivos centrais tendo à sua disposição meios de coerção de tal ordem que a resistência normalmente não tem quaisquer perspectivas de resultar. É o caso do Estado moderno, que representa uma ordem jurídica centralizada no mais elevado grau." (2)

enquanto o ultimo vem identificado com o Estado-sujeito, um e outro incapazes de dar curso livre à idéia de legitimidade, menos, ainda, à sua realização. Torna-se ela inalcantável porque deixado aberto caminho para que campeie a arbitrariedade, o não-Direito.

Mesmo para quem reduza a três os valores jurídicos - ordem, poder, liberdade -, como faz Maurice Hau-riou, não há, no âmbito das mencionadas concepções, a possibilidade de presidir-lhes qualquer ordenação porque o valor liberdade estaria subjugado ao peso da supremacia da lei, num Estado que oferece a "desgarantia" representada por uma frágil autolimitação do poder.

Precisamente por ser o poder um valor, "uma livre energia dotada de superioridade", é que não se confunde com a força bruta. Por ser ideológico, assim como todos os valores, é também um valor jurídico - valor-meio - que se justifica enquanto apto a instrumentalizar a realização dos outros valores.

"Um Direito que se mantivesse só pelas sanções repressivas e, portanto, pela força não duraria muito tempo. Se a instância jurídica de uma sociedade capitalista é constituída por um conjunto de normas sancionadas, elas não o são no sentido de normas garantidas pela força, mas no sentido de que são normas tuteladas pelo Estado." (4)

Daí, não ser possível uma concepção reducionista do Direito ao Estado (Estado-sujeito), ou deste àquele (Estado-coisa). São distintos os papéis atribuídos a um e a outro: o primeiro incumbido de ordenar a vida coletiva, o



último, de presidi-la mediante a realização dos valores.

Os valores todos que grassam na vida coletiva não estão contemplados nas leis escritas. E, aí estivessem contemplados, chegar-se-ia não à grandeza do texto legislativo, mas ao seu desprestígio, consoante o brocardo "summum jus summa injuria", reproduzido por Marco Aurélio Risolia na seguinte passagem:

"Perde-se, assim, não só a generalidade senão taimbém a unidade da legislação substantiva e como a miúdo se descobre que a lei é arbitrária ou não tem previsto tudo o que devia prever, pronto sobrevêm o estatuto complementar, aclaratório, modificativo ou derogatório, que evidencia a v<sup>da</sup> breve e precária de cada ordenamento. A abundância da lei - alguém o disse - multiplica o caso da lei injusta. Se bem que o ideal seria que as leis se ajustassem<sup>a</sup> a mais ortodoxa concepção de Direito, não ha dúvida de que o jurista assiste hoje a um duelo trágico entre o Direito e a legalidade, descrito por Josserand em publicações muito conhecidas." (5)

Nesta conjuntura, se há de plantar premissa em que estejam presentes condições capazes de viabilizar a apreensão de uma síntese que possa levar ao momento da conquista da legitimidade.

Em que consiste uma tal premissa?

Consiste no reconhecimento de que a ordem jurídica não guarda correspondência com o sistema normativo nem este a esgota. Noutras palavras, o sistema normativo é apenas um elemento da ordem jurídica. Este o entendimento de Silvio de Macedo.<sup>(6)</sup> Do mesmo modo, Rudolf Stammler de-

envolve a noção de que Direito positivo e Direito vigente não são a mesma coisa. Direito vigente não é senão uma parte do Direito positivo, <sup>(7)</sup> o que não foi claramente percebido por Reale, que faz repousar a vigência do Direito sobre o valor Ordem, ao mesmo tempo em que afirma que nele se consubstancia um postulado da ordem jurídica positiva.

"É sobre esse valor (ordem) que repousa, em última análise, a obrigatoriedade ou a vigência do Direito, razão pela qual dizemos que nele se consubstancia um "postulado da ordem jurídica positiva..." (8)

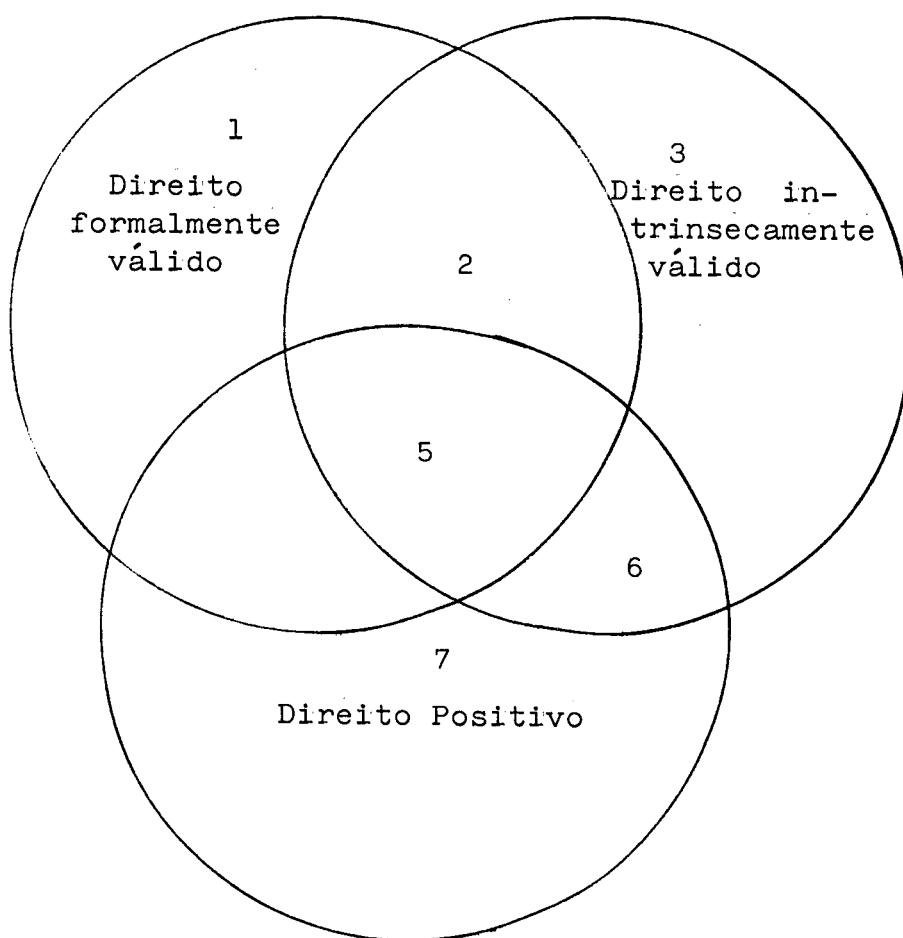
Como positividade e vigência não são conceitos de mesma extensão, é impossível toma-los como expressão sinônima.

A partir de Eduardo Garcia Maynes, apreendeu-se a nota distintiva:

"Se por positividade se entende o fato da observância de uma lei ou conjunto de leis, resulta notório que as expressões direito positivo e direito vigente não são sinônimas. O atributo de vigência concerne a validade formal; a positividade corresponde só à eficácia das diversas normas. O direito formalmente válido carece as vezes de positividade. É possível que um preceito legal criado de acordo com todos os requisitos extrínsecos que condicionam a vigência não chegue a ser cumprido nem aplicado. Em tal hipótese, será direito vigente, não direito positivo. Também o caso contrário pode apresentar-se. Por exemplo, quando uma regra consuetudinária não é oficialmente reconhecida pelo Estado. Em tal suposto poderá atribuir-se-lhe, de acordo com a teoria romano-canônica, o caráter de costume jurídico; mas não será direito formalmente válido, por falta de reconhecimento

to oficial." (9)

A teoria dos três círculos (validade formal, validade intrínseca e positividade) apresenta notável contribuição prestada por Eduardo Garcia Maynes para a compreensão do tema, em todas suas implicações.



são em número de sete as combinações possíveis:

1<sup>^</sup>) corresponde ao setor do Direito formalmente válido, mas desprovido de positividade e de validade intrínseca. É o campo do Direito vigente.

2^) corresponde aos preceitos que, possuindo validade formal e intrínseca, carecem de eficácia. Exemplo: normas legais justas não cumpridas pelos particulares nem aplicadas pelo poder público.

3®) corresponde aos princípios jurídicos ideais que o legislador não sancionou e que não apresentam positividade:

À luz da filosofia valorativa aparecem, sem embargo, como expressão de um dever ser ideal e podem servir como critérios axiológicos para o julgamento da lei ou do costume... Ainda quando não sejam aplicados, conservam a dignidade de todo paradigma e servem como pautas para a valoração do direito positivo." (10)

4^) setor em que há validade formal e positividade, mas não valor intrínseco, caso que se verifica na hipótese de uma lei ou um costume injusto.

5®) É o direito legítimo (ideal, para Garcia Maynes) porque dotado dos atributos da vigência, positividade e Justiça intrínseca.

6-) corresponde às regras consuetudinárias.

7®) hipótese que só é admissível à luz da teoria romano-canônica. Trata-se de uma discrepância entre a convicção subjetiva da obrigatoriedade do costume e o conteúdo da prática consuetudinária.^

É o campo da Axiologia Jurídica que permite alcançar a superação das teses jusnaturalistas e positivis -

tas do Direito.

O problema da validade objetiva das regras de conduta que integram um sistema jurídico não pode plantar-se desde um ponto de vista formal. Tal questão não é propriamente jurídica senão filosófica. Seu posicionamento supõe necessariamente a existência de uma filosofia do Direito e, portanto, a de uma axiologia jurídica." (12)

Embora correta a crítica formulada por Fernando Noronha

"Também por aqui se vê como são distorcidas as visões jusnaturalistas e positivistas do Direito. Os princípios gerais de Direito não são, como pretendem as primeiras, princípios de Direito Natural, exteriores ao Direito positivo, e por outro lado, também não é certo que só seja possível considerar os princípios gerais de Direito consagrados no Direito positivo, como pretendem os positivistas. São eles que estabelecem a ponte entre o sistema valorativo da sociedade e as normas jurídicas. Nem o jusnaturalismo, considerando o Direito como sistema normativo inferior ao sistema de Direito Natural, nem muito menos o positivismo, sustentando a autonomia do Direito positivo em relação a quaisquer valores suprajurídicos, que poderiam existir, mas em esfera independente do Direito, nenhum deles poderia aperceber-se do processo de transformação de valores sociais em valores jurídicos e da sua influência nas atividades de interpretação, integração de lacunas e criação judicial de Direito.",

se nos afigura inaceitável a respectiva conclusão, baseada nos seguintes termos:

"É claro que nem todos os valores so-

ciais poderão vir a ser valores jurídicos. A misericórdia e o amor, por exemplo, são valores essencialmente extrajurídicos: Stein e Shand chegam a afirmar que o Direito não pode realizá-los, que eles estão voltados para objetivos que não podem constituir matéria de Direito ("um indivíduo pode ser clemente e renunciar ao que lhe é devido, mas a lei requer a tutela dos direitos e o adimplemento das obrigações"), mas, mesmo assim, deve-se reconhecer que algum reflexo eles têm no Direito." (13)

Ousamos repetir: amor, misericórdia, compaixão, lealdade, fé..., todos, enfim, são valores jurídicos. Não porque estejam no Direito vigente, mas porque integram sua positividade. Estão no Direito que se perfaz legítimo quando dotado, a um só tempo, dos atributos da positividade, da vigência formal e da validade intrínseca. Assim deve ser entendido já mesmo porque os autores não se poem de acordo no que respeita com este tema, sendo esta a verdadeira síntese que se pode alcançar entre positivistas e jusnaturalistas, uns e outros unânimes quanto a salientar que toda realização valiosa interessa ao Direito.

Alf Ross chega a ignorar o conceito de vigência, porquanto, para ele, só é vigente o que seja positivo, de modo que o primeiro conceito subsume neste, como deflui, insofismavelmente, de suas próprias palavras:

"Sem embargo, só os fenómenos jurídicos em sentido estrito - a aplicação do Direito pelos tribunais - são decisivos para determinar a vigência das normas jurídicas. Contrariamente às idéias geralmente aceites é necessário insistir em que o Di-

reito subministra normas para o comportamento dos tribunais, não dos particulares. Portanto, para encontrar os fatos que condicionam a vigência das normas devemos atender exclusivamente à aplicação judicial do Direito, e não ao direito em ação entre indivíduos particulares. Por exemplo, se o aborto está proibido, o verdadeiro conteúdo de Direito consiste em uma diretiva para o juiz, no sentido de que este deve, em certas condições, impor uma pena para o aborto. Para determinar se a proibição é *ái* reito vigente, o único decisivo é que ela seja efetivamente aplicada pelos Tribunais nos casos em que as infrações são descobertas e julgadas. É indiferente que os súditos acatem ou desatendam com frequência a proibição. Isto se traduz no aparente paradoxo de que quanto mais efetivo é o acatamento que uma regra recebe na vida jurídica extrajudicial, mais difícil é verificar se ela possui vigência, porquanto os tribunais tom uma oportunidade muito menor de manifestar sua reação." (14)

A matéria fica mais bem posicionada com Rudolf Stammler, Eduardo Garcia Maynes e M. Djuvara:

"O direito positivo é o que efetivamente se pratica, sejam quais forem as prescrições da lei." (15)

Os valores integram a positividade do Direito pela simples razão de que dela não podem prescindir para que aflorem no seio da comunidade.

Fica-se com a lição de Goffredo Telles Jr. e de Eduardo Garcia Maynes:

"Valor de uma coisa é aquilo em que ela importa. É o 'quantum' disto ou daquilo a que ela corresponde. É o preço da coisa,

tomando-se a palavra preço no seu sentido amplo, como na proposição: "O preço da liberdade é a eterna vigilância." Preço designa a importância atribuída a uma coisa como resultado de uma apreciação... Mas nem todas as coisas tem valor. Uma coisa só tem valor depois de julgada, depois de comparada a outra coisa, ou seja, depois de situada em seu lugar próprio numa escala ordenada de seres valiosos, ou seja, depois de situada em conformidade com um sistema de referência. Pois, evidentemente, uma coisa só pode ter valor quando vale. E uma coisa que vale há de valer alguma outra coisa. Como pode uma coisa valer sem valer algo? Uma coisa que vale vale isto ou vale aquilo, ou vale mais do que isto ou menos do que aquilo. O certo é que uma coisa só tem valor em comparação com outra. O valor da coisa só aparece depois desta comparação "... "Relativo, pois, essencialmente relativo, é o valor das coisas. Absoluto não é o valor das coisas, mas somente a bondade delas. O valor de cada coisa é relativo porque depende das variáveis tábuas de bens, dos sistemas de referência, organizados por quem pode ter os mais diversos valores, segundo as pessoas que a estimam e segundo as circunstâncias em que é estimada." (16)

"... a aplicação - ou pretendida aplicação - do Direito escrito tem necessariamente que realizar-se através de uma nova norma, já não geral, senão individualizada; a sentença do juiz. Inclusive nos casos em que a decisão é aplicação fidelíssima dos artigos do código, a resolução judicial dá nascimento a novo Direito e é, por isso, atividade criadora." (17)

Direito não é apenas texto codificado, mas, também, manifestação consuetudinária e criação pretoriana. A lei se orienta no sentido da realização da Justiça e dos



outros valores, mas estes não estão todos contidos no que diz a lei.

"Os artigos de uma lei, seja qual for, são simples ensaios que tendem a antecipar a solução justa de litígios que possam surgir. O acerto da solução proposta pode dar lugar a reparos, quanto ao fundo da decisão, e o modo de resolver o caso concreto. Para poder medir e contrastar assim o conteúdo de uma norma, necessitamos possuir uma pauta qualquer sobreposta aos preceitos jurídicos

tecnicamente moldados. Por isto muitas vezes a ordem jurídica renuncia, ao regular certas questões a ditar artigos precisos e taxativamente determinados, optando por remeter as partes, seus conselheiros e o julgador que intervenha no litígio a seu próprio arbítrio e ao que entendam como justo, em vista do caso concreto. Nossa legislação tem numerosas expressões para designar este modo de proceder: fala-se de boa fé, de equidade, de deveres morais, de evitação de abusos, de bons costumes, de fundamento bastante etc. Todas elas respondem ao mesmo sentido: que em cada caso se fará de eleger a norma que reflita a solução fundamentalmente justa." (18)

O legislador faz a lei, o juiz faz o Direito, (19)  
quando a interpreta e lhe dá aplicação.

Concluímos com Amílcar de Castro:

"Ordem jurídica é a totalidade de critérios pelos quais devem ser juridicamente apreciadas as relações sociais dos membros de uma comunidade. Esses critérios encontram-se nas leis, na jurisprudência, nos costumes, na doutrina e em princípios gerais não escritos." (20)

A interpretação e a aplicação da lei são os mo -

mentos que levam à conquista da legitimidade. Sem estes momentos, somente a legalidade aparece como predicado inerentemente relacionado ao Direito, como se verá a seguir.

## 2. Interpretação e Aplicação do Direito

Se o Direito não se reduz ao texto codificado, não é a vigência o que condiciona a interpretação da Ciência Jurídica, sua aplicação judicial ou seu cumprimento voluntário.

Vigência é noção referida à legalidade, já que todo Direito vigente, por definição, é legal, embora possa não ser intrinsecamente válido.

À base de sua interpretação está o intento de que o "legal" guarde sintonia e até se confunda com o "legítimo" .

Por isso, a positividade do Direito prescinde do conceito de vigência. Ela repousa sobre outra noção, que lhe é anterior e condicionante: o positivo, no Direito, é o que pode ser predito. Trata-se, portanto, de noção que numa palavra se pode exprimir: predição.

Muitos, eminentes os autores que assim se pronunciam.

Vejamo-los;

Benjamin N. Cardoso:

"O Direito é uma ciência de predição ,

por excelência". "Um princípio ou regra de conduta estabelecido de modo a justificar, com certeza razoável, a predição de seu reconhecimento pelos tribunais, caso a sua obrigatoriedade seja posta em dúvida e pois, para o propósito de nosso estudo, um princípio ou regra de direito." (21)

Fernando Noronha:

"... observada a realidade social, não se poderá negar que o conteúdo das leis é em larguíssima medida aquele que a jurisprudência delas "extraí" - ou, o que vale o mesmo, nelas "insere". Assim não se vê como poder fugir à constatação que os autores em número crescente fazem de que, na expressão de Rebbinder, "apenas o exame da jurisprudência permite ao intérprete reconstruir a regra efetivamente vigente". (22)

Hans Kelsen:

"Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e,consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta,mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que a penas sejam aferidas pela lei a aplicar têm igual valor,se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do orgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela esta contida na mo^

dura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral." (23)

O. W. Holmes:

"Se quiserdes conhecer o Direito, nada mais que o Direito, segui o exemplo do homem mau que só se preocupa com as consequências materiais que semelhante conhecimento lhe permite antecipar, à diferença do homem bom que trata de justificar a sua conduta, tanto dentro como fora do campo do Direito, apenas com as vagas sanções da sua consciência ... Considerai o problema fundamental: Que é o Direito? Alguns escritores vos dirão que é coisa bem diversa do que decidem os Tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que se alicerça em algo deduzido de princípios éticos, de axiomas indubitáveis ou do que mais seja que pode ou não coincidir com o que digam as sentenças. Mas se adotarmos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau, veremos que tanto se lhe dá que lhe falem em axiomas ou deduções, pois o que lhe interessa é tão só saber o que decidirão, concretamente, os Tribunais de Massachusetts e da Inglaterra. Pois eu estou com o homem mau. O Direito, para mim, se resume sem mais nem menos nas profecias sobre a ação efetiva dos Tribunais." (24)

Aqueles que prognosticam "o cumprimento incondicional de um imperativo formalmente válido, mesmo injusto ou sem correspondência efetiva no viver comum" [25] perdem de vista a necessidade, que se faz presente de

"um julgamento ulterior ao da legalidade"

de, precisamente da legitimidade, julgamento este impossível de ser fundado em base objetiva porque a legitimidade pressupõe e efetivamente uma conformidade de idéias e um acordo sobre os valores tem um caráter eminentemente subjetivo e relativo." (26)

E não podem erigir o fundamento de ordem axiológica e a eficácia social, ao lado da vigência, (27) em parâmetros para a estimativa da validade de um preceito jurídico. Pois se o fazem, aderem incondicionalmente à concepção de que pertence à jurisdição a faculdade e o dever de declarar inválido um tal preceito que não implemente, simultaneamente, os três pressupostos: mesma é a invalidade, seja ela no aspecto ético, social ou técnico-jurídico.

Para Miguel Reale é de

"Observar-se que não se sabe qual o maior dano, se o das leis más, suscetíveis de revogação, ou o poder conferido ao juiz para julgar contra legem, a pretexto de não se harmonizarem com o que lhe parece ser uma exigência ética ou social." (28)

O tridimensionalismo realeano constitui variante do positivismo legalista porque, embora conceba o caráter fático-axiológico-normativo do Direito, reduz sua própria premissa, ao entender direcionadas as investigações da jurisprudência, prevalentemente, ao momento normativo, vindo a constituir um saber ligado à normatividade do Direito positivo, como sustenta Clemerson Merlin Cleve.

Ao contrário disto, a jurisprudência é, por excelência, fonte ideológica de revelação jurídica, já que é o jogo de reivindicações conflitantes que habilita o Direi

to a efetivar o seu intento:

"A proteção de um interesse em face da postergação de outro interesse e o reconhecimento da legitimidade de dominação de um interesse sobre outro interesse." (31)

Segundo José Geraldo Souza Junior,

"O Direito como processo e em constante devenir constitui um feixe dialético em que atuam formalização (o âmbito normativo), eficácia (o aspecto da vigência social, e não apenas formal, das normas) e legitimidade (o pólo axiológico, em que as normas formalizadas e eficazes passam pelo crivo durante a estimativa). Não ha, nesta verificação, um mero tridimensionalismo à moda realeana... que acaba reduzido a um tipo mais requintado de positivismo." (32)

Chaim Perelman, citado por Antonio Paulo Cacha

puz de Medeiros, ( 33 )  
comunga do entendimento de que

"O raciocínio utilizado em Direito, qual quer que seja, não se pode desinteressar da reação das consciências ante a iniquidade do resultado a que o próprio raciocínio pode levar. Ao contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do Direito, tem procurado conciliar as técnicas de raciocínio jurídico com a Justiça ou, ao menos, com a aceitabilidade social da decisão. Esta preocupação basta para sublinhar a insuficiência, em Direito, de um raciocínio puramente formal, que se contente em controlar a correção das inferências sem formular um juízo sobre o valor desta decisão de maneira aceitável; deve apreciar também o valor desta decisão e resolver se lhe parece justa ou, pelo me-

nos, razoavel."

A crença num Direito que não realize, praticamente, o conteúdo de uma norma legítima, nele incorporada, é cultivo de esperança menos nefanda do que a afirmação da validade de uma norma injusta. Esta segunda situação só pode radicar na descrença no próprio Direito.

"Se uma injustiça é imposta, ainda quando tal imposição se faça em nome da segurança ou como garantia de paz, nem por isso deixa de ser uma injustiça e a ordem estatal só pode florescer intramuros de um Estado justo." (34)

A legitimidade, superada por um tal conceito de validade, apresenta o exercício do monopólio da coerção como mal necessário, contrariamente ao instrumento para a pacificação social que pretende ser. Porque não é legitimidade.

"A expressão abstrata de Direito desempenha na vida jurídica uma função de segurança; o recurso à equidade cumpre uma função de justiça. Os melhores resultados se obtêm quando a generalidade da norma é relativa e o legislador faculta ao juiz individualizar o preceito, atendendo às características próprias de cada situação concreta." (35)

A não ser entendido assim, ao Direito fica retirada a possibilidade de juridicizar a resistência contra o maior de todos os males: a opressão que descamba na anarquia temida pela Organização das Nações Unidas. O Direito passa a fundamentar o absolutismo do Estado, ao invés de impor limites à soberania. O Direito, assim como a democracia

cia, será o Direito posto pelos detentores do Poder, sejam eles o "senhor da Ditadura Perpétua" (Paraguai), um "presidente vitalício que imita Napoleão" (África Central), "um marechal do arbítrio e do imprevisível" (Uganda), "um ditador que se diviniza" (Guiné Equatorial), [36] ou seja, o mais ilegítimo dos governantes.

Fernando Noronha professa:

"Uma concepção assim alheia a valores leva o jurista em geral, e o juiz em especial, a uma posição acrítica, a aceitar como válidos todos os comandos que o Poder Político (seja o parlamento, o rei, ou o mais sanguinario déspota) edite sob a forma de norma jurídica. Kelsen afirma que a Teoria Pura do Direito, recusando-se a valorar o Direito positivo, 'recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as "ideologias" por intermédio das quais a ordem social vigente e legitimada ou desqualificada'. Isto, porém, não é verdade, ou, pelo menos, esconde algo de extremamente importante: a omissão do jurista no que toca a valores não só serve o interesse político da preservação da ordem estabelecida, como também encobre a realidade, na medida em que deixa de analisar os problemas sociais cuja existência é precisamente a razão de ser das normas jurídicas em questão, e das soluções nelas consagradas." (37)

Contrariamente a isto, pode-se afirmar que direitos existem invioláveis por qualquer norma jurídica. De^ considerada a premissa, poderá haver legalidade, mas não legitimidade, e, sim, sua própria negação.

No âmbito de um Direito legítimo, são inciden-



tes e operativos os axiomas de Brentano:

"1) a existência de um valor positivo é um valor positivo; 2) a não existência de um valor positivo é um valor negativo; 3) a existência de um valor negativo é um valor negativo; 4) a não existência de um valor negativo é um valor positivo.", de modo que, transpostos para o Direito, tem-se que:

1) a realização de um direito justo é um valor positivo; 2) a não realização de um direito justo é um valor negativo; 3) a realização de um direito injusto é um valor negativo; 4) a não realização de um direito injusto é um valor positivo." (38)

E pode-se, igualmente, concluir contrariamente ao pensamento de Miguel Reale: o juiz, por força do cargo, deve afastar-se conscientemente de uma disposição legal, quando contrarie o sentimento ético generalizado. Ao fazê-lo, não firmará posição antitética em relação ao positivismo lógico porque esta sua atuação ao encontro da Justiça preserva a validade do Direito, reafirma sua legitimidade para o controle social, instrumentaliza-o, quando não instrumentado, para o afastamento da instabilidade social.

Lê-se, em Hans Kelsen, a confirmação desta assertiva.

"A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala em interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito Internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para o caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica representa a

produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito, é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação confessoria da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa." (39)

A não aplicação de um preceito injusto ao caso concreto é potencialmente menos perigosa à autoridade do Direito e da lei do que poderia ser a certeza da sua observância cega e uniforme.

"O Estado elabora as normas gerais positivas e as impõe, mas essas normas, para serem livremente observadas, devem harmonizar-se com o Direito, com o sentimento de Justiça que existe em todo homem. Sem dúvida, o Estado pode impor pela força uma lei que repugne a esse sentimento de Justiça. Mas, a violência não pode ser um processo normal de governo. Em última análise, o Estado repousa no consentimento dos indivíduos e esse consentimento só se verifica quando o Direito positivo por ele editado é aceito pela maioria dos seus membros. Caso contrário, seria a insurreição constante, onde o Estado terminaria por soçobrar." (40)

Pensar o contrário significa exigir de todos nós o estoicismo socrático, como querem Del Vecchio e Reale, esquecidos de que o homem que questionava a razão de ser de todas as coisas preferiu a morte à rebeldia exatamente por não discutir a razão do poder.

"A acusação de ter introduzido novos deuses, já feita por Aristóteles na Rane, foi possível só porque Sócrates se dizia inspirado por uma divindade, que não era outra senão a sua consciência; e esta atitude, que parecia contrária a religião dominante; serviu de pretexto a seus inimigos. A maneira sublime e serena como encarou a morte torna ainda mais admirável a sua figura e faz dele um precursor de outros mártires de pensamento. Pelo seu ensino, dedicado à investigação dos princípios racionais da atividade humana, Sócrates merece ser considerado um dos principais (se não absolutamente, o primeiro) dos fundadores da Ética. (41)

'■'Ao jurista, advogado ou juiz, não é dado recusar vigência à lei sob alegação de sua injustiça, muito embora possa e *de* va proclamar a sua ilegitimidade ética no ato mesmo de dar-lhe execução. Mesmo porque poderá tratar-se de um ponto de vista pessoal, em contraste com as valorações prevalentes na comunidade a que ele pertence, e também porque permanece intocável a lição de Sócrates, recusando-se a evadir-se da prisão, subtraindo-se a iniqua pena de morte que lhe fora imposta: 'é preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os maus não aprendam a desrespeitar as leis boas.'" (42)

Os valores segurança e certeza jurídica não justificam a prolação de uma sentença injusta. A certeza de ser uma injustiça praticada por aplicação judicial da lei corresponde à situação de não cumprimento voluntário do Direito pelos particulares. Não é Direito aquele que objetive o intento de sacramentar uma injustiça. Quem de<sup>x</sup>asse de pensar assim haveria de reconhecer, como término

de seu raciocínio, que, mesmo em sede de um Direito justo, injustas soluções podem ser encontradas por aqueles que as queiram encontrar.

Segundo Stammler, só quando houver lacunas no ordenamento jurídico ou quando o próprio Direito vigente lho permita, pode o juiz pronunciar-se por critérios fundamentalmente justos, <sup>[43]</sup> o que reduz sua doutrina a um formalismo avesso à realização dos valores. É de Luiz Legaz y Lacambra a radical discordância:

"Sem embargo, Stammler não considera o despotismo como arbitrariedade senão como regime jurídico, ainda que muito precário, pois nele, diz, há ao menos uma norma: a de que todas as relações jurídicas entre os indivíduos do Estado despótico se regem em cada caso a teor da vontade do déspota. Mas não é isto uma contradição? Não radica precisamente nisto a essência da arbitrariedade? Desaparece a arbitrariedade pelo facto de que exista uma única norma cujo único conteúdo é garantir essa mesma arbitrariedade? E seria jurídica uma norma que estabelecesse a ausência de normas jurídicas para qualquer relação interindividual? Observe-se que se ha uma norma jurídica que consagra o capricho como único critério ordenador das relações jurídicas, o despotismo é o único sistema em que nunca poderá dar-se arbitrariedade ou o único sistema que, apesar desta norma, não será nunca jurídico. E este é, evidentemente, o caso: pois se o jurídico não é uma palavra vazia, há de expressar um 'ponto de vista sobre a justiça' e, por conseguinte, implica uma proporção, uma igualdade e uma generalidade, que é todo o contrário do capricho, da vontade sem norma. Uma norma consagrada

ra da arbitrariedade não s5 não k jurídica: pois não pode ser Direito a negação do Direito; mas nem sequer é uma norma." (44)

Fosse impossível mitigar o rigorismo da lei, quando manifestamente injusto ou revele contrariedade frontal com o querer coletivo, o apelo ao Poder Judiciário seria a perpetuação de injustiça mais odiosa do que aquela firmada, antes, pelo legislador e, agora, exurgida no meio social, fruto do entrelaço dos interesses e multiplicidade das volições assim tornados insolucionáveis.

A injustiça instituída e institucionalizada pela chancela do Estado consagra o opróbrio na terrível pequenez de um leviatã onde não há lugar para o juiz, segundo Del Vecchio e Luiz Recasens Siches, o primeiro com o que se poderia qualificar como fina ironia, o segundo com uma concepção reducionista de sua lógica do razoável.

^ "Onde, porém, aliás, todos os meios possíveis, a fim de conseguir realizar uma certa Justiça dentro do âmbito e na forma da legalidade, se revelarem insuficientes, nesse caso a crise de consciência do juiz só poderia, nos casos mais graves, achar uma solução: renunciar ao ofício. E isto deve igualmente^dizer-se de todos os outros funcionários públicos." (45) "

"... ante uma norma, a qual em seus termos gerais parece conter notórias injustiças - ainda que não monstruosas - o juiz deve esforçar-se em evitar tais^injustiças mediante uma interpretação razoável ou equitativa. Mas se não pode lograr isto com êxito, então, ao juiz se planta um grave problema. Se entende que sua consciência moral

lhe impede acatar a norma em questão, então não terá outro caminho que a via dramática de renunciar a seu posto de juiz." (46)

O Direito manifesta tendência à legitimidade quando conseguem impor-se soluções pretorianas mais sabias do que a norma legislada, não sendo esta refratária ao aperfeiçoamento da ordem jurídica.

Neste particular, assumem importância os conceitos de lacuna, interpretação extensiva, normas abertas etc.

Enquanto o predomínio da lei como fonte básica e o valor certeza tendem a estreitar o campo de atuação do intérprete, aqueles outros conferem-lhe a possibilidade de se valer de fatos extrapositivos, como já vimos. Com isto, contorna-se o

"conflito entre a dura letra da lei e as exigências peculiares da equidade. As consequências a que a interpretação pode levar dão o critério do que seja justo ou injusto, jurídico ou não, ampliando as incertezas, mas mantendo-as sob controle. E que se regula o próprio uso da analogia, da indução amplificadora, do tirocínio equitativo do juiz, de fórmulas valorativas como o bem comum e sentido social da lei, da chamada interpretação econômica dos fenômenos jurídicos." (47)

O arbítrio judicial, informado pelo bom senso, é, hoje, defendido mesmo no âmbito da responsabilidade civil, seguimento comum aos Direitos Público e Privado.

No âmbito do Estado moderno, o arbítrio judicial representou o primeiro passo na luta desenvolvida contra a arbitrariedade. (48)

Não o arbítrio que tem por efeito desencadear forças sociais mobilizadas em defesa de um Estado e um Direito legítimos. Quer isto significar um Direito ao abrigo de violações perpetradas pela própria ordem jurídica, que ofende o Direito por meio de atos ditos de soberania, fundados em 'poder de polícia', matéria 'interna corporis' 'discrecionalidade', legislação ditada pelo Poder Executivo, mais do que pelo Parlamento. Mas, sim o arbítrio que conduz à arbitrariedade justa de que fala Legaz Y Lacambra, sem contradição nos termos porque a estabilidade das relações sociais não está na manutenção do status quo mas, exatamente, na sua superação.

"A arbitrariedade é justa quando a negação do Direito em um caso dado tem o sentido de estabelecer uma solução mais justa para o mesmo. Pois sabemos que a rigidez e generalidade da norma jurídica - a forma lógica da justiça - nem sempre permite ter em conta as circunstâncias singularíssimas de cada situação e por isso nem sempre contem uma "medida justa". É possível que, neste caso concreto, a justiça quede melhor satisfeita com o ato de arbitrariedade. Assim, quando Federico o Grande revogou a sentença - legal mas injusta - do juiz de Berlim, cometeu um ato de arbitrariedade justa. Mas isto não pode elevar-se a critério geral. Precisamente contra o monarca prussiano se diz que "todavia há juizes em Berlim". (49)

Confie-se no arbítrio judicial, sob o pressuposto de que o magistrado deve ser juiz do fato, mas também juiz da lei, se necessário para fazer Justiça. (50)

Paralelamente, sobreleva notar que, quando de movimentos revolucionários, há uma relativização do Direito anterior, para o seu ajustamento à nova situação, pre-

dominando, então, a doutrina objetivista, adepta da mens lē

gis. já o Direito pós-revolucionário tende a privilegiar as soluções legislativas sobre as judiciais, com propensão nitidamente subjetivista. (51)

"A primeira promessa de todos os governos revolucionários é sempre a de assegurar imediatamente a tranqüilidade e a ordem que acabam de ser perturbadas, porque só assim, evidentemente, qualquer governo revolucionário pode legitimar-se." (52)

Este movimento pendular, no campo da interpretação dogmática, faz o Direito acompanhar o dinamismo social.

"Portanto, historicamente, assistimos a um processo constante: o esforço do Direito positivo de adequar-se ao dever-ser, segundo as diretivas do pensamento, que, na sua maturidade, percorre o processo histórico; ou, ao contrário, a atividade revolucionária do princípio ideal, que, tenazmente negado pela ordem constituída, que se acredita inabalável sobre a base da sanção pública, acaba por triunfar, destruindo, num cego impulso de novas forças, todo obstáculo, toda barreira, toda tradição jurídica. A necessidade lógica de adequação dos dois termos encontra-se plenamente no desenvolvimento da história, pelo que bem pode escrever Del Vecchio que a postulada convergência efetá não no princípio, mas no fim do processo. É justa a observação, desde que se entenda que tal processo de encontro atua a cada instante na consciência; que é próprio a cada um de nós instaurar uma sua lei contra a lei vigente, alimentar o ideal contra o real, fazer apelo a mais altos princípios contra a Justiça relativa ou a injustiça contemporânea. Se tal exigência de cada dia



não estivesse à base da experiência jurídica, não seria possível a evolução que assinálamos." (53)

Evidencia - ele, movimento pendular - que a existência de um Direito legítimo, em sua globalidade é apenas virtual, mas detecta, em determinado momento histórico, "uma tendência do Direito à legitimidade" , ^ consoante o entendimento de que

"... a legitimidade do Estado é uma situação nunca plenamente concretizada na história, a não ser como aspiração e que um Estado será mais ou menos legítimo na medida em que torna real o valor de um consenso previamente manifestado por parte de homens autônomos e conscientes, isto é, na medida em que consegue se aproximar da ideia limite da dominação do poder e da ideologia nas relações sociais." (55)

O movimento pendular é a manifestação daquele ponto de equilíbrio de que já falamos, permitindo corrigir (e coibir) os excessos a que se poderia chegar, quer para o lado do autoritarismo ou do anarquismo.

"Todo Direito é injusto: a) porque o ideal supera eternamente as suas realizações e estas, comparadas com ele, parecem injustas; b) porque a mesma forma lógica da justiça entra em contradição, dramaticamente, uma injustiça, uma falta de proporção com a singularidade de cada caso jurídico concreto." (56)

Nesta perspectiva, a negativa de aplicação de uma lei injusta constitui falso problema cuja única solução configura clara opção pela Justiça, mesmo que em correção

ção da lei ou, tal seja a distorção, não reste possibilidade de aplicá-la.

"A velha questão de como deve o magistrado conduzir-se em face da lei "injusta" nos parece inteiramente superada e pasma que autores eminentes ainda tenham dúvidas teóricas sobre a sua solução: a nós se configura evidente que deve prevalecer a Justiça, o que possibilita ao magistrado corrigir a lei ou declará-la inaplicável. Essa correção todavia não implica a prolação de uma sentença contra legem, pois se a norma jurídica é portadora da valoração independente, importa decobri-la no contexto dos demais valores sociais, isto é, conduzir a norma de Direito ao seu lugar no quadro geral das valorações; o que a hermenêutica tradicional considera, portanto, uma decisão contra legem nada mais é do que a exclusão a que o juiz procede das valorações "estranhas" que a norma possa constituir, porque contrárias aos princípios gerais do Direito." (57)

O contrário faria emergir e justificar o Direito de resistência contemplado pela Organização das Nações Unidas, dito "não jurídico", (58) visto, embora assim, como o mais autêntico do todo social. (59)

### 3. O Papel do Juiz

Como foi visto, os conceitos de positividade e de vigência, embora parecentes, não são similitudinários. O primeiro sobrepuja o outro: o que positivo é sempre vigente.

mas o que vigente pode não ser positivo. Direito engloba lei, costume e criação pretoriana, constituindo um sistema aberto à realização dos valores, todos quantos satisfaçam a consciência jurídica por atender a algum reclamo social.

"Considerando o ordenamento jurídico como sistema aberto, isto é, como conjunto ordenado de interações que se comportam unitariamente e se processam no âmbito de um sistema mais vasto (o próprio sistema da sociedade global), poderemos visualizar todo o processo de inter-relacionamento entre ele e a sociedade. Esta fornece ao Direito as metas a prosseguir, define os valores por que se orientar e pede que solucione as situações fáticas de conflito, ou potencialmente geradoras de conflitos. Isto tudo é o que constitui os inputs do sistema jurídico, aos quais o Direito responde através da definição de situações jurídicas e da confirmação de valores. Estas respostas são os outputs do sistema jurídico, que se irão repercutir na sociedade e no próprio Direito, pelo processo de retroalimentação." (60)

Um tal sistema se coaduna com a concepção deciscionista defendida por Luhmann, segundo a qual

"Por direito positivo entende-se as normas jurídicas que entraram em vigor por decisão e que, de acordo com isso, podem ser revogadas... A positivação do direito significa, portanto, que todos os valores sociais, normas e expectativas de comportamento têm de ser filtrados através de processos de decisão, antes de poderem conseguir validade legal." (61)

O mesmo autor define legitimidade como "uma di\_s posição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância." (62)

E assim é: o reconhecimento de que o sistema jurídico transcende ao normativo leva ao de que o "legítimo" está para o "legal" na mesma posição de transcendência, consoante o entendimento de que a legitimidade não se predica na lei.

Daí, assistirmos, à base da experiência jurídica e da evolução do Direito, à substituição de uma Ciência do tipo axiomático por uma Ciência de tipo axiológico. (63)

Josef Esser enfrenta o tema, no que ele tem de nuclear:

"Os princípios de valoração e de ordem que a prática desenvolve, urde ou pretende extrair da lei - citemos, por exemplo, o "princípio da confiança" - são sempre descobertos e comprovados em uma problemática concreta, de modo que é o problema, e não o "sistema" em sentido racional, o que constitui o centro do pensamento jurídico." (64)

A asserção de que o legislador faz a lei e o juiz faz o Direito coloca em evidência o momento de concreção da ordem jurídica e, com ele, também o momento da conquista da legitimidade.

Onde reside o primeiro?

Responde-o Amílcar de Castro:

"Nem o temor da sanção é efeito da ordem; se o fosse, não se poderia compreender como tantos indivíduos não temem. A verdade é que a ordem em potencial, antes de concre

tizada, não é Direito, nem produz direito: não aproveita nem prejudica. É ilusória a suposição de que a ordem jurídica se aplica automaticamente aos fatos ao natural, tais como vão acontecendo e, por isso, extrajudicialmente, na convivência humana vão brotando direitos subjetivos, por geração espontânea. É evidente que normas pensadas não podem atingir os acontecimentos. Mas, isto não obstante, ainda são muitos os que costumam personificar a ordem jurídica, especialmente a lei, dotando-a de braço, de mão e de esforço por alcançar." (65)

A lei não é mais do que a extensão do braço e da mão do intérprete ou de seu aplicador, imbuídos do esforço por alcançar uma realização valiosa. Se há uma moldura a preencher, preenche-a o magistrado ou quem quer que faça aplicação da lei, depois de interpretá-la.

"Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém, como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autôma -

to; e, sim, arbitro da adaptação dos textos as espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social." (66)

Este é o segundo momento, o da conquista da legitimidade: o momento da aplicação do Direito.

Roscoe Pound encontrou, no Direito anglo-americano, nada menos do que sete vias para sua individualização, em todas elas presente a ênfase colocada na amplitude do espaço de ação deixado àqueles que têm o poder-dever de dizer o Direito: (67)

1^) faculdade de livre apreciação conferida às Cortes no que se refere à aplicação dos remédios de equidade, tidos como válvula de segurança necessária ao funcionamento do nosso sistema legal" (68)

2^) standards legais aplicados ao procedimento humano, de modo que a margem de arbítrio conferida à autoridade jurisdicional atenda às circunstâncias do caso concreto;

3^) poder do Júri de aplicar veredictos de ordem geral.

4^) amplitude da aplicação judicial, envolvida na tarefa de encontrar o Direito: "o poder do magistrado foi elemento ativo de liberalismo nos períodos de desenvolvimento. No estágio de equidade e de direito natural, estágio esse de penetração no direito de idéias morais que lhe eram exteriores, o poder do magistrado de comunicar força legal às suas ideias puramente morais foi instrumento capital. Hoje, confiamos amplamente a tribunais e comissões administrativas a tarefa de dar força legal a idéias que a

lei ignora." (69)

55) por meio de artifícios para ajustar o tratamento penal ao criminoso individual;

62) métodos não formais de administração da justiça em Cortes de instância inferior;

7^) tribunais administrativos tidos como "... recrudescência do governo pessoal, como reação contra um extremo de governo de leis e não de homens." (70)

Embora um tal sistema possa cometer excessos, como registrado por Maurice Hauriou, <sup>[71]</sup> o fato é que cabe a conclusão que se extrai em Roscoe Pound e José Puig Brutau.

"O século XIX detestou o arbítrio judicial e procurou excluir o elemento administrativo do domínio da justiça judiciária. No entanto, sempre permaneceu certo campo de justiça independente da lei e, por meio de um artifício ou outro, foi preservado o equilíbrio do elemento administrativo, supostamente excluído." (72)

Mas o porquê disto? Pela própria ordem natural das coisas, responde-o Brutau:

"Indispensável, pois, não confundir o que as coisas são com o que deveriam ser. Quando, no correr destas páginas, afirmamos que os juizes criam o direito apesar das disposições legislativas em contrário, não pretendemos proclamar que isto seja o mais conveniente, senão que, de fato, é o que ocorre, e diuturnamente, acima de todas as preferências. Isto é, afirmamos uma realidade que se impõe com todo o rigor de uma lei natural, e com a qual é preciso contar precisamente para dominá-la. O desejável não se logra ape -

nas com o reconhecê-lo; antes, muito esforço deve ser despendido para diminuir o campo do assinalado como imperfeito. E o reconhecimento de que esta é a realidade não há de confluir numa atitude conformista, devendo, pelo contrário, fazer-se agulhão e estímulo para que, com uma crítica realista da argumentação jurídica, se consiga reduzir de alguma forma a margem de arbitrio que se lhe concede. Aliás, a confusão entre os conceitos que tratamos de diferenciar tem servido de base a muitas das críticas dirigidas contra o realismo jurídico. Quando algum dos legal realists afirma que o Direito é o que dizem os encarregados de aplicá-lo, não pretende com isto que desapareça o caráter normativo das regras gerais e o sentido orientador dos ideais de Justiça, mas apenas que trata de lograr que uns e outros se encarnem na realidade. Afirma-se simplesmente que os mais nobres propósitos traduzidos em normas gerais exigem um esforço permanente para influir nos fatos. Os mais elevados princípios de Justiça só se converterão em direito segundo o que façam aqueles a quem se confia a sua aplicação. Quer dizer, o reconhecimento de que é desejável não há de obscurecer a visão do que é possível." (73)

Em nosso entendimento, o juiz é um agente moderador da ideologia dominante, num Estado que se apresenta legítimo quando habilita as demais ideologias a também com partir as decisões do poder, para, assim, precipuamente, estadear os valores através do Direito. Este é o instrumental de que se utiliza este Estado para presidir a ordenação da vida coletiva, sob o primado da Legitimidade.

#### 4. síntese do Capítulo



1) A ordem jurídica não guarda correspondência com o sistema normativo nem este a esgota porque ela engloba "a totalidade de critérios pelos quais devem ser juridicamente apreciadas as relações sociais dos membros de uma comunidade."

2) O que vigente pode não ser positivo, o que positivo, já por isso, é vigente. Positividade é conceito de maior extensão porque neles integrados os valores jurídicos, que dela não podem prescindir para que afluam na vida coletiva.

3) A interpretação do Direito corresponde ao momento em que se procede à estimativa de seu polo axiológico. É, portanto, o momento que condiciona a legítima aplicação do Direito: a não aplicação de um preceito injusto e potencialmente menos perigosa a autoridade da lei e do Direito do que seria a certeza da sua observância cega e uniforme.

4) O Direito manifesta tendência à legitimidade quando conseguem impor-se soluções pretorianas mais sábias do que a norma legislada.

5) O legislador faz a lei, o juiz faz o Direito. A lei não é mais do que a extensão do braço e da mão do intérprete ou de seu aplicador, imbuídos do esforço por alcançar uma realização valiosa.

## NOTAS

- (1) Kelsen, Hans, op. cit., p. 301-2
- (2) Idem, p. 41
- (3) HAURIOU, Maurice, op. cit., p. 163
- (4) CLEVE, Clemerson Merlin. O Direito e Os Direitos, São Paulo, Editora Acadêmica, 1988. p. 114-5
- (5) RISOLÍA, Marco Aurélio. Grandeza y Desprestigio de La Ley. Buenos Aires, Abeledo-Pirrot, 1960. p. 36-7
- (6) MACEDO, Silvio de. Das Dimensões da Ciência Jurídica Atual. Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 274
- (7) STAMMLER, Rudolf, op. cit., p. 181
- (8) REALE, Miguel, op. cit., p. 528
- (9) GARCIA MAYNES, Eduardo. La Definición Del Derecho. Mexico. Editorial Stylo, 1948. p. 31
- (10) Idem, p. 87-8
- (11) Ibidem: A Teoria dos Três Círculos vem exposta na obra citada, às pp. 85-97
- (12) . Introducción Al Estudio Del Derecho. 6<sup>a</sup> ed . Mexico, Editorial Porrúa S.A., 1955. p. 39
- (13) NORONHA, Fernando. Direito e Sistemas Sociais. A Jurisprudência e a Criação do Direito para Além da Lei. Florianópolis, Ed. UFSC, 1988. p. 172-3
- (14) ROSS, Alf, op. cit., p. 35
- (15) CF. GARCIA MAYNES, Eduardo, op. cit., p. 31
- (16) TELLES JR., Goffredo. O Direito Quântico. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo, Max Limonad, 1985. p. 302 e 305
- (17) GARCIA MAYNES, Eduardo, op. cit., p. 17
- (18) STAMMLER, Rudolf, op. cit., p. 17
- (19) CASTRO, Amilcar, op. cit., p. 35-6
- (20) Idem, p. 23
- (21) CARDOSO, Benjamim N., op. cit., p. 191 e 195

- (22) NORONHA, Fernando, op. cit., p. 47
- (23) KELSEN, Hans, op. cit., p. 366
- (24) BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 25
- (25) REALE, Miguel, op. cit., p. 530
- (26) CF. MACEDO, Silvio de. Curso de Axiologia Jurídica,  
P.
- (27) REALE, Miguel. Ligoes Preliminares de Direito. 10<sup>^</sup>  
ed. são Paulo, Saraiva, 1983. p. 115
- (28) Idem, 113
- (29) . Teoria Tridimensional do Direito, p. 61; F\_i  
losofia do Direito, p. 575
- (30) CLEVE, Clemerson Merlin, op. cit., p. 73
- (31) WOLKMER, Antonio Carlos, op. cit., p. 139
- (32) SOUZA JR., José Geraldo. Para Uma Crítica da Eficácia do Direito. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1984. p. 30
- (33) MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz. Racionalidade e Razoabilidade na Lógica Jurídica. Revista Ajuris Porto Alegre, (26): 181-2, novembro, 1982
- (34) GARCIA MAYNES, Eduardo. La Definicion Del Derecho ,  
p. 172
- (35) Idem, p. 125
- (36) BALANDIER, Georges, op. cit., p. 9
- (37) NORONHA, Fernando, op. cit., p. 21
- (38) GARCIA MAYNES, Eduardo, op. cit., p. 141-2
- (39) KELSEN, Hans, op. cit., p. 369
- (40) AZAMBUJA, Darci, op. cit., p. 68
- (41) VECCHIO, Giorgio Del, op. cit., p. 38-9
- (42) REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, p.  
113-4

- (43) CF. BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 488
- (44) LACAMBRA, Luiz Legaz Y. Introducción a la Ciencia Del Derecho. Barcelona, Bosch, 1943. p. 467-8
- (45) VECCHIO, Giorgio Del, op. cit., p. 587-8
- (46) SICHES, Luis Recaséns. Introducción Al Estudio Del Derecho, p. 237
- (47) FERRAZ JR., Tercio Sampaio, op. cit., p. 155-6
- (48) LACAMBRA, Luiz Legaz Y, op. cit., p. 479
- (49) Idem, p. 469
- (50) AMARAL, Leopoldino Marques do. Ser Juiz. Gráfica do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, 1988, p. 21
- (51) FERRAZ JR., Tercio Sampaio, op. cit., p. 146
- (52) RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 179
- (53) CF BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 8
- (54) GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 75
- (55) BOBBIO, Norberto et alii, p. 679
- (56) LACAMBRA, Luiz Legaz y, op. cit., p. 432
- (57) COELHO, Luiz Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação Das Leis. Rio de Janeiro, Forense, p.171-2
- (58) BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 14
- (59) GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 75
- (60) NORONHA, Fernando, op. cit., p. 90
- (61) LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 119
- (62) Idem, p. 30
- (63) NORONHA, Fernando, op. cit., p. 162
- (64) ESSER, Josef. Principio y Norma En La Elaboración Jurisprudencial Del Derecho Privado. Tradução do alemão por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona, Bosch,s/d p. 9
- (65) CASTRO, Amilcar de, op. cit., p. 29
- (66) MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Interpretação do Direito. Rio de Janeiro, Forense, 1981. p. 59

- (67) POUND, Roscoe. A Aplicação do Direito. Tradução de Lf da Boechat Rodrigues. Revista Forense, Rio de Janeiro., (XC): 659-673, 1942
- (68) Idem, p. 670
- (69) Idem, p. 663
- (70) Idem, p. 670
- (71) HAURIU, Maurice, op. cit., p. 344
- (72) POUND, Roscoe, op. cit., p. 663
- (73) BRUTAU, José Puig, op. cit., p. 8

## CONCLUSÃO

Os valores, fins em si mesmos, são fins para o Direito, por lhe darem o sentido da legitimidade. Sua realização atribui-lhe dignidade intrínseca.

Não há Direito que não se disponha a realizá-los. Por isto, legitimidade é a possibilidade de realização dos valores, sem necessidade de explicitar quais sejam eles. A expressão "valores jurídicos" nos parece redundante porque a valência é, sempre, garantida pelo Direito. Portanto, não há valor que escape ao universo jurídico.

Os valores não servem às ideologias, mas deles se servem elas.

Necessário, por isto, complementar o conceito de legitimidade para conferir-lhe a noção conteudista:

Legitimidade é a tentativa de compactabilização dos valores que grassam na vida coletiva em coexistência desarmonica.

Deste conceito deflui a definição do fim último referido ao Direito. A harmonização dos valores e a finalidade a que se deve votar a agência de controle social que é o Direito.

Estado é o agente detentor do poder jurídico

necessário e indispensável ao proposito de presidir a organização da vida coletiva, sob o primado da legitimidade, vista no seu plano não conteudista.

O Estado, sem o concurso do Direito, não ultrapassaria o mero exercício da força bruta.

Fecha-se sobre o começo, para deixar enfatizada a seguinte idéia:

O monopólio da força, tido por alguns como elemento característico, apontado por outros como, até, individualizador do Estado, frente a outras manifestações do poder, embora atributo que lhe possa ser de fato inerente, há de revestir, sempre, a feição (=forma e conteúdo) de Direito, pela simples razão de que não se poderá cogitar da idéia de um monopólio que não se pretenda legítimo.

Harmonização perfeita e eterna em sua perfeição é ideal que não pode ser traduzido em realidade humana.

Daí que não há Direito perfeito. Estado inteiramente justo nem legitimidade em grau absoluto.

É da contingência humana a falibilidade. Apenas por isto há necessidade da coação, elemento essencial ao arbítrio, meramente secundário para o Estado e o Direito que aspirem à legitimidade.

Mas o que corresponde à exceção não pode ser tratado como regra. A exceção é o coagir. O coagir quando injusto torna o estoicismo socrático, senão destituído de qualquer sentido, pelo menos avesso ao mais elementar sen

tido de Justiça, aqui entendida o mais proximo possivel da Eqüidade: o dar a cada um o que é seu, ainda que se desconheça, a priori, qual é o seu de cada qual.

A regra é a realização efetiva de valores priorizados sob uma hierarquia presidida pela exigência mesma da Justiça.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Mauricio Leitão. O Problema da Legitimidade. (no rastro do pensamento de Hannah Arendt). Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989. 238 p.
- AGAZZI, Evandro. A Ciência e Os Valores. Tradução de Francisco da R. Guimarães e José N. Machado. São Paulo, Loyola, 1977. 143 p.
- AGUIAR, Roberto A. R. Direito, Poder e Opressão. 2ª ed. São Paulo, Alfa-Omega, 1984. p.
- ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado. Tradução de Joaquim J. de Moura Ramos. Lisboa, Presença, 1980. 120 p.
- AZAMBUJA, Darci. Teoria Geral do Estado. 5ª ed. Porto Alegre, Globo, 1971. 394 p.
- AMARAL, Leopoldino Marques do. Ser Juiz. Gráfica do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, 1988. 30 p.
- BALANDIER, Georges. O Poder em Cena. Tradução de Tupy Caldas de Moura. Brasília, U.N.B., 1982. 78 p.
- BATALHA, V/ilson de Souza Campos. Teoria Geral do Direito. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1982. 652 p.
- BOBBIO, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. Tradução de Sergio Bath. Brasília, U.N.B., 1980. 178 p.
- \_\_\_\_ et alli. Dicionário de Política. Tradução de Luís Guerreiro Pinto Cascais et alii. Brasília, U.N.B., 1985. 1299 p.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986. 585 p.

- . Do Estado Liberal ao Estado Social. 3<sup>^</sup> ed. Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas. 1972. 234 p.
- BUCKLEY, Walter. A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas. Tradução de Octavio Mendes Cajado. São Paulo, Cultrix, s/d. 293 p.
- BURDEAU, Georges. Método de La Ciência Política. Tradução de Juan Carlos Puig. Buenos Aires, Depalma, 1964. 470 p.
- \_\_\_\_\_. O Estado. Tradução de Cascais Franco. Póvoa de Varzim, Publicações Europa-América, s/d. 202 p.
- BRUTAU, José Puig. A Jurisprudência como Fonte de Direito. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre, Coleção Ajuris, 1977. 237 p.
- CARDOSO, Benjamin N. A Natureza do Processo e a Evolução do Direito. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. 3<sup>^</sup> ed. Porto Alegre, Coleção Ajuris, 1978. 253 p.
- CASTRO, Amilcar. Direito Internacional Privado. 2<sup>^</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, s/d. v. 1. 278 p.
- CLEVE, Clemerson Merlin. O Direito e Os Direitos, São Paulo, Editora Acadêmica, 1988. 142 p.
- COELHO, Luiz Fernando. Introdução à Crítica do Direito. Curitiba, 1983. 212 p.
- \_\_\_\_\_. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. 2<sup>^</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986. 185 p.
- COHEN, Percy S. Teoria Social Moderna. Tradução de Christyano M. Oiticica, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1970. 258 p.
- COSSIO, Carlos. Radiografia de La Teoria Ecológica Del Derecho. Buenos Aires, 1989. p.
- CRETELLA JR., José. Curso de Liberdades Públicas. 1<sup>^</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986. 185 p.

- DAGOGNET, François. Bachelard. Tradução de Alberto Campos, São Paulo, Livraria Martins Fontes, s/d. 98 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O Futuro do Estado. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo, Editora Moderna, 1980. 173 p.
- \_\_\_\_\_. O Renascer do Direito, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976. 207 p.
- DUVERGER, Maurice. Ciência Política. Teoria e Método. Tradução de Heloísa de Castro Lima. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro Zahar Editores, 1976. 437 p.
- \_\_\_\_\_. Os Laranjais do Lago Balaton. Tradução de Edgard de Brito Chaves Junior, Brasília, U.N.B., 1982. 224 p.
- \_\_\_\_\_. Sociologia Política. Tradução de Jorge Esteban. 2<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1970. 417 p.
- ESSER, Josef. Principio y Norma en La Elaboración Jurisprudencial Del Derecho Privado. Tradução de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona, Bosch, s/d. 482 p.
- FARIA, José Eduardo. A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1985. 67 p.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. 202 p.
- \_\_\_\_\_. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo. Atlas, 1989. 329 p.
- FRIEDRICH, Carl J. Uma Introdução à Ciência Política. Tradução de Leonidas Xauza e Luiz Corção. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1970. 186 p.
- \_\_\_\_\_. Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1965. 297 p.

- GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción Al Estudio Del Derecho. 6<sup>a</sup> ed. Mexico, Editorial Porrúa S.A., 1955. 416 p.
- \_\_\_\_\_. La Definición Del Derecho. Mexico, Editorial Stylo, 1948. 235 p.
- GRAU, Eros Roberto. A Constituinte e a Constituição que Teremos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985. 84 p.
- GREAVES, H. R. G. Fundamentos da Teoria Política. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, Zahar Editores, s/d. 226 p.
- HAURIOU, Maurice. Principios de Derecho Publico Y Constitucional. Tradução de Carlos Ruiz Del Castilho. 2<sup>a</sup> ed. Madrid, Instituto Editorial Reus, s/d. 569 p.
- HESSEN, Johannes. Filosofia dos Valores. Tradução de L. Cabral de Moncada. 5<sup>a</sup> ed. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1980. 344 p.
- JELLINEK, Georg. Teoria Geral Del Estado. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires, Maipu, 1970. 596 p.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo, Livraria Martins Fontes, 1985. 371 p.
- LACAMBRA, Luiz Legaz y. Introducción a La Ciencia Del Derecho. Barcelona, Bosch, 1943. 632 p.
- LUCAS, Randolph. Democracia e Participação. Tradução de Cairo Paranhos Rocha. Brasília, U.N.B., 1985. 228 p.
- LUHMANN, Niklas. Legitimação Pelo Procedimento. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, U.N.B., 1980. 202 p.
- \_\_\_\_\_. Poder. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília, U.N.B., 1985. 94 p.

- MACEDO, Silvio de. Curso de Axiologia Juridica. Rio de Janeiro, Forense, 1986. 230 p.
- \_\_\_\_\_. Das Dimensões da Ciência Jurídica Atual. Rio de Janeiro, Forense, 1986. 340 p.
- MACIEL FILHO, Érico. Direito Internacional e Direito Inter-  
no. Desafio e Afirmagão. Porto Alegre, Globo, 1973. 294p,
- MACRIDIS, Roy C. Ideologias Políticas Contemporâneas. Tradução de Luis Tupy Caldas de Moura e Maria Ines Caldas de Moura. Brasília, U.N.B., 1982. 318 p.
- MARITAIN, Jacques. Problemas Fundamentais da Filosofia Moderna. Tradução de Geraldo Dantas Barretto. Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 1977. 208 p.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Interpretação do Direito. Rio de Janeiro, Forense, 1981. 401 p.
- MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz. Racionalidade e Razoabilidade na Lógica Jurídica. Revista Ajuris. Porto Alegre, (26): 173-186, novembro de 1982
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Utilidade Social da Norma, Uma Questão de Política Jurídica. Revista Sequência. Florianópolis, (9): 9-16, junho de 1984
- MILL, John Stuart. Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva.e Outros Textos. Tradução de João Marcos Coelho. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979. 295 p.
- MIRANDA, Pontes. Introdução à Política Científica. Rio de Janeiro. Livraria Garnier, 1924. 291 p.
- \_\_\_\_\_. Sistema de Ciência Positiva do Direito. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1972. t. III, 378 p.
- MOREIRA, Vital. A Ordem Jurídica do Capitalismo. Coimbra. 1978. 274 p.

- NORONHA, Fernando. A Jurisprudência e a Criação de Direito Para Além da Lei. Florianópolis, Editora da U.F.S.C. 1988. 202 p.
- ONATE, Flavio LÓpes. La Certeza Del Derecho. Tradução de Santiago S. Melando e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires, Europa-América, 1953. 197 p.
- PEREIRA, Sergio Gischkow. Interpretação Jurídica e Aplicação do Direito. Revista Ajuris. Porto Alegre, (27):180-196, março de 1983
- POULANTZAS, Nicos. O Estado, O Poder, O Socialismo. Tradução de Rita Lima. 2ª ed. Rio de Janeiro, Graal, 1985. 307 p.
- . Sociologia. Tradução de Heloisa R. Fernandes . São Paulo, Ática, 1984. 170 p.
- POUND, Roscoe. A Aplicação do Direito. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Revista Forense. Rio de Janeiro (XC) : 659-673, abril de 1942
- RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1979. 423 p.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 1983. 372 p.
- . Fundamentos do Direito. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972. 320 p.
- . Lições Preliminares de Direito. 10ª ed. São Paulo, Saraiva, 1983. 372 p.
- \_\_\_\_\_. Teoria Tridimensional do Direito. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 1986. 114 p.

- RISOLÍA, Marco Aurélio. Grandeza y Desprestigio de La Ley. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960. 64 p.
- ROSS, Alf. Sobre el Derecho y La Justicia. Tradução de Genaro R. Carrió. 2ª edição Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970. 364 p.
- SALDANHA, Nelson. O Estado Moderno e a Separação de Poderes. São Paulo, Saraiva, 1987. 123 p.
- SICHES, Luis Recaséns. Introducción Al Estudio Del Derecho. México, Porrúa S. A., 1977. 338 p.
- \_\_\_\_\_. Tratado General de Filosofía Del Derecho. 6ª edição. México, Porrúa S. A., 1978. 664 p.
- SMITH, Elisa A. Mendez de. Las Ideologías y El Derecho. Buenos Aires, Astrea, 1982. 155 p.
- SOLER, Sebastian. Los Valores Jurídicos. Buenos Aires, Baumes, 1948. 53 p.
- SOUZA JR., José Gerido de. Para Uma Crítica da Eficácia do Direito. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor 1984. 155 p.
- SPINOZA. Tratado Político. Tradução de José Perez. Rio de Janeiro, Ediouro, 1968. 244 p.
- STAMMLER, Rudolf. Tratado de Filosofía dei Derecho. Tradução de W. Roces. 1ª edição. Editora Nacional, s/d. 455p.
- TELLES JR., Goffredo. O Direito Quântico. 6ª edição. São Paulo, Editora Max Limonad Ltda., 1985. 433p.
- TIGAR, Michael E. et alli. O Direito e a Ascensão do Capitalismo. Tradução de Ruy Junemann. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978. 315 p.
- TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Tradução de J. A. G. Albuquerque, Editor Victor Civita, 1973. 367p.

VECCHIO, Giorgio Del. Ligoes de Filosofia do Direito. Tradução de Antonio José Brandão. 5ª ed. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1979. 589 p.

V/ARAT, Luiz Alberto. As Funções Constitucionais do Saber Jurídico e os Caminhos da Transição Democrática. Revista Sequência. Florianópolis, (12): 47-54,. 1ª semestre de 1986

WEBER, Max. Ensaio de Sociologia. Tradução de Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1982. 501p.